UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

à raison

des Condamnations prononcées

contre les Fonctionnaires de l'Ordre Judiciaire

THÈSE

Pour le Doctorat (Sciences Politiques et Economiques)

par

Maurice AGULHON

Avocat à la Cour d'Appel de Nimes

Attaché au Parquet

NIMES

IMPRIMERIE A. CHASTANIER

12 — RUE PRADIER — 12

1923

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535710_0105

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

à raison des Condamnations prononcées contre des Fonctionnaires de l'Ordre Judiciaire

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

97820

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

à raison

des Condamnations prononcées

contre les Fonctionnaires de l'Ordre Judiciaire

THÈSE

Pour le Doctorat (Sciences Politiques et Economiques)

par

Maurice AGULHON

Avocat à la Cour d'Appel de Nimes

Attaché au Parquet

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

NIMES
IMPRIMERIE A. CHASTANIER
12 — RUE PRADIER — 12

1923

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTE DE DROIT

MM. MOYE, Doyen, professeur de Droit international public.
MORIN, assesseur, professeur de Droit Civil.
VALÉRY, professeur de Droit commercial.
DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel,
BECQUÉ, professeur de Droit civil.
DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit administratif.
ROCHE-AGUSSOL, professeur d'Économie politique.
VIALLETON, professeur de Droit civil.
BOSC, professeur de Droit civil.
VIARD, professeur d'Histoire du Droit.
BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.
DIJOL, chargé de cours de Procédure.
TISSET, chargé de cours de Droit romain.
TEILLARD, chargé de cours d'Économie politique.
DELBEZ, chargé de cours de Droit romain.
VIGIÉ et BRÉMOND, doyens honoraires.
LABORDE et CHAUSSE, professeurs honoraires.
DUBOIS, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. DE NESMES DESMARETS, président
VIALLETON, professeur } assesseurs
BOSC, professeur }

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions écrites dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MES PARENTS

A MES MAITRES

M. A.

Responsabilité de l'État à raison des condamnations prononcées contre les Fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

INTRODUCTION

Un particulier dépose une plainte au parquet, pour vol, par exemple, contre un de ses voisins. Le juge d'instruction est saisi de cette dénonciation et immédiatement sans en contrôler la vraisemblance, négligeant de s'enquérir des charges relevées contre l'auteur présumé, décerne un mandat d'arrêt. La personne visée est incarcérée. Sa détention se prolonge parce que, le juge ne met pas toute la diligence nécessaire pour éclaircir l'affaire, parce qu'il se contente d'indices assez vagues, d'allégations quelconques. Finalement il renvoit le prévenu devant le tribunal correctionnel, et là, l'innocence de ce dernier éclate ; il est même prouvé qu'il a été l'objet d'une dénonciation calomnieuse et que le prétendu plaignant à voulu uniquement exercer une vengeance. Ce dernier sera poursuivi. Mais le juge dont la légéreté a fait un complice,

inconscient, sans doute, du tort causé, ne pourra être mis en cause qu'avec beaucoup de difficultés ; il ne sera peut-être même pas condamné, et si le dommage pécuniaire est énorme, parce que l'individu acquitté a été longtemps éloigné de ses affaires, parce que sa comparution devant le tribunal correctionnel l'a discrédité dans l'opinion publique, ce dommage, ni le juge, ni le dénonciateur ne pourront peut-être arriver à le réparer. La victime de cette machination ne pourra certainement pas se retourner contre l'État qui n'a pas à répondre de la faute de son agent.

Ainsi il y aura dans cette affaire où interviennent à des titres divers plusieurs responsables, le dénonciateur d'une part, le juge et l'Etat d'autre part, qui dans le service de justice se sont fait en quelque sorte les complices du plaignant, une satisfaction très imparfaite au principe de la réparation de tout dommage causé par une faute. La justice sera tronquée, mutilée ; la victime aura le sentiment cruel d'une profonde iniquité de la loi ; le public ne manquera pas d'éprouver une grande inquiétude à l'égard de l'ordonnancement social. « Une erreur de la justice est par elle même un sujet de deuil, mais que cette erreur une fois connue ne soit pas réparée par des dédommagements proportionnels, c'est un renversement de l'ordre social. » Cette pensée de Jérémie Bentham n'est que l'expression du trouble qui remuerait dans l'hypothèse que nous avons envisagé le sentiment populaire.

Sans doute, nous n'avons fait qu'une hypothèse.

Peut-être aucun cas semblable ne s'est-il produit en fait. Aucun juge d'instruction n'a peut-être jamais fait preuve d'une telle légéreté. Mais le service de la justice dans son ensemble utilise un personnel considérable et connait d'une multitude d'affaires de toutes sortes. Il n'y a pas que des magistrats de carrière, recrutés au concours, garantis contre toute faute par les conditions générales d'exercice de leur charge, par la discipline morale que le corps de la magistrature et l'esprit public leur imposent, par leur propre conscience, que le sentiment élevé du devoir domine du fait même du caractère de leur mission. Il y a des juges d'occasions : les jurés qui ignorent le droit, les juges consulaires qui sont surtout des commerçants et ne montent sur le siège que temporairement, les juges militaires qui rendent justice sur le champ de bataille, et presque dans la fièvre du combat. Puis, il y a les innombrables auxiliaires de la justice, collaborateurs venus de partout, accomplissant les tâches les plus diverses, mais qui pour n'être que la préparation des sentences, n'en sont pas moins susceptibles de causer les plus graves dommages aux particuliers. Telles sont, en matière pénale : les autorités qui perquisitionnent, arrêtent, emprisonnent ; en matière civile : les greffiers, les huissiers, les experts ; en matière fiscale : les agents des douanes, des contributions indirectes ; les officiers d'état civil ; les chanceliers d'ambassade à l'étranger ; etc.

Cet immense service public, il est invraisemblable de supposer qu'il fonctionne sans à coup. Sans doute,

les contrôles sont multipliés, et arrivent à réaliser une certaine perfection finale ; sans doute en dernier lieu, la justice est peut-être toujours satisfaite, mais avec parfois combien de retard.

Bien plus, il est impossible que des fautes ne soient pas commises, imputables à tel ou tel agent. Indépendamment de l'erreur quasi inévitable, du risque, de l'accident, dont les conséquences dommageables sont parfois considérables, mais qu'on peut à la rigueur supporter, parce que l'équité n'est pas profondément blessée par l'idée d'une faute proprement dite restée impunie, il y a certainement des erreurs, des faits de mauvaise volonté, de négligence grave, mettant en jeu une responsabilité précise, qui resteront sans sanction dans le droit positif actuel, en France, tout au moins.

Il faut distinguer d'une part le cas de l'accident, du risque, du cas fortuit, qui ne décèle aucun responsable connu et déterminé pour faute, et qui n'entraîne que très exceptionnellement une réparation incombant alors à la caisse collective, par le moyen de laquelle est géré le service : l'espèce visée en France par la loi de 1895 sur la revision des procès criminels, les erreurs judiciaires, et d'autre part le cas où une faute a été commise par un agent du service.

Dans ce dernier cas, il faut sous-distinguer la responsabilité de l'agent et celle de l'État pour le compte duquel il agit, et qui, en cas d'insolvabilité du fonctionnaire, devrait en équité parfaire à la réparation.

Dans le droit positif actuel en France, cet agent ne

peut normalement être mis en cause par le particulier lésé que par la procédure de la prise à partie qui limite sa responsabilité :

1° En cas de « dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ;

2° Si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ; (1)

3° Si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages intérêts. (2)

---

(1) article 77 du code d'instruction criminelle emporte pour les juges d'instruction l'obligation d'observer les formes légales dans l'audition des témoins ; l'article 112 d'après lequel les juges d'instruction et procureurs doivent observer les formes légales des mandats de comparution, de dépôt et d'amener ; l'article 114, d'après lequel les juges de paix doivent signer leurs jugements et (art. 87) les cours d'assises, leurs arrêts, dans les 24 heures ; l'art. 271, enfin, qui interdit aux procureurs généraux de poursuivre en cours d'assises d'autres personnes que celles qui ont été régulièrement mises en accusation.

(2) Ces cas peu nombreux sont ceux des art. 15 et 928 du Code de procédure civile qui menacent de tous dommages-intérêts les juges de paix qui auront laissé périmer une instance, en négligeant de statuer dans les quatre mois du jugement interlocutoire (art. 15) ou qui auront violé les délais d'apposition des scellés (art. 938).

L'art. 647 du code de commerce porte la même sanction contre les cours d'appel qui accorderaient des défenses ou des sursis à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce.

Il faut ajouter aussi l'hypothèse du juge qui attenterait à la liberté et aux droits des citoyens dans les termes des articles 114 et 119 du code pénal, au cas où la victime exercerait, comme l'y autorise l'article 117 du même code (Chauveau et Glandaz-Formulaire général et complet de procédure civ. et com. 7° édi-

4° S'il y a déni de justice. (1)

D'autre part l'État ne peut jamais être déclaré civilement responsable des condamnations pécuniaires prononcées contre son fonctionnaire.

A ce sujet la jurisprudence est formelle (Dalloz 1875-3-116. Conseil d'Etat 8 janvier 1875 : Compagnie russe de navigation à vapeur d'Odessa) Le chancelier de l'ambassade de France à Constantinople avait négligé *dans ses fonctions d'huissier* de signifier en temps utile à la Compagnie des Messageries impériales une demande en justice à fin d'indemnité pour abordage, en vertu de l'article 9 de l'édit de 1778.

---

tion, Paris 1885 N° 441 note 4), par voie principale l'action civile en réparation.

Avant la loi du 22 juillet 1867 qui abrogea la contrainte par corps en matière civile, l'article 2068 du code civil prévoyait enfin des dommages et intérêts contre tous juges qui auraient prononcé la contrainte par corps hors les cas déterminés par le code.

(1) « Il y a déni de justice, dit l'art. 506 du code de procédure, lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes, ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées » et l'on peut ajouter, avec les articles 4 du code civil et 185 du code pénal « sans qu'ils puissent jamais prétexter du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. »

Cela peut se présenter dans une multitude de circonstances qui toutes se caractérisent par le fait, pour le juge, de refuser une décision (il doit s'agir d'un refus ou d'une suspension pour un délai indéterminé.) La suspension pour un délai déterminé ne doit pas être considérée comme un déni de justice (Cass. 20 nov. 1855 D. 56. 156) sur une demande quelconque, régulière en la forme et en cela le code de procédure élargit d'autant l'ancienne conception du déni de justice qui en limitait l'application au refus de juger les procès en état. (Ordonnance de 1667 D. XXV art. 1).

De ce fait, la compagnie Russe ne pouvait plus poursuivre devant les tribunaux la réparation du préjudice causé s'élevant à la somme de 27.764 francs. Le chancelier ne pouvait verser une pareille indemnité. Comment d'ailleurs le faire condamner ? La compagnie renonçant à diriger son action contre lui s'adresse à l'État, civilement responsable, d'après le droit commun, des torts et dommages que ses agents peuvent, dans l'exercice de leurs fonctions, occasionner aux particuliers. Elle présente requête au Conseil d'État. Ce dernier répond dans les termes suivants :

« Considérant, sans qu'il soit besoin d'examiner si la responsabilité pécuniaire de l'État peut être engagée par les fautes commises dans leurs fonctions par des agents investis de fonctions d'huissier dans les Échelles du Levant, que..... la faute qui est reprochée par la compagnie requérante à l'ancien chancelier aurait été commise par lui *dans l'exercice des fonctions judiciaires* qui lui sont attribuées, et qu'une semblable faute n'est pas de nature à donner ouverture à une action en responsabilité contre l'État. »

Le Conseil d'État proclame donc le principe de l'irresponsabilité de l'État à raison des dommages causés par le service de la justice. Les tribunaux judiciaires, s'appuyant sur la loi de 1895 qui donne à la responsabilité de l'État en matière d'erreurs judiciaires un caractère limitatif, proclament le même principe général d'irresponsabilité de sorte que, même si le dommage provient d'une faute précise d'un fonctionnaire, même s'il arrivait que ce fonctionnaire soit

condamné, l'État n'assurerait aucune obligation à la réparation hors les cas de la loi de 1895.

On a dès lors l'impression que ce système viole la logique. Car enfin si l'Etat peut être condamné à réparer des dommages qui n'ont aucunement en principe leur source dans une faute tels les cas visés par la loi de 1895 dont nous aurons l'occasion de parler plus loin, ce qui est très bien, mais pas absolument nécessaire aux yeux de la stricte justice ; à bien plus forte raison devrait-il en être de même quand il y a une faute proprement dite. Dans ce cas si l'on a déjà de la peine à admettre que le fonctionnaire jouisse d'une responsabilité limitée il est vraiment choquant que la collectivité qui doit répondre de son agent même lorsqu'il ne commet aucune faute n'en réponde plus lorsqu'il est précisément l'auteur d'un préjudice par sa faute.

Cette contradiction qui, à notre avis, ne devrait pas exister s'explique certainement par des raisons historiques. En effet la seule responsabilité vraiment efficace est apparue tout d'abord dans la fonction administrative de l'État. Cette responsabilité ne jouait que quand il y avait faute et seulement pour les actes de gestion. On admettait que l'Etat ne pouvait commettre de fautes pour les actes d'autorité qui font partie de la fonction administrative et encore moins pour les actes de souveraineté tels que les actes législatifs et juridictionnels, puisque pour ses actes l'État agissait par sa volonté propre et pour ainsi dire en dehors des contingences.

Bientôt on s'aperçoit que la responsabilité de l'État

basée sur la théorie de la faute est trop restreinte. De quel droit l'Etat imposerait-il sa volonté si ce n'est dans l'intérêt général ? « Or, dit Montesquieu, le bien public n'est jamais que l'on prive un particulier de son bien, ou même qu'on lui en retranche la moindre partie ». Le bien public exige tout d'abord la sécurité des individus. Et cette sécurité ne veut-elle pas que les particuliers soit garantis contre l'État qui joue un rôle de plus en plus considérable et qui s'immisce de plus en plus dans tous les domaines ? Les fautes de l'Etat deviennent nombreuses, ont des chances de passer inaperçues et de ne pouvoir être imputées à leur véritable auteur. Une responsabilité ainsi seulement basée sur la faute est illusoire, insuffisante et ne répond plus aux besoins. Une responsabilité plus large est nécessaire et la théorie basée sur le risque apparait. L'Etat par les formes diverses de son activité, par ses multitudes d'agents est un danger pour les particuliers, comme le patron, par son outillage compliqué, par le nombre de ses employés crée un risque pour ses ouvriers. Dès lors pourquoi les dommages faits par la machine administrative ne seraient-ils pas réparés comme ceux faits par la machine industrielle, par le patron? C'est ainsi que la responsabilité de l'État basée sur le risque qu'il crée s'impose pour la fonction administrative.

En ce qui concerne la fonction juridictionnelle plus circonspecte dans ses rapports avec les particuliers et plus proche de la souveraineté la question de la responsabilité se pose plus tardivement. A ce moment la

théorie du risque est complètement admise, elle est même à la mode. C'est donc cette théorie qui va servir de base à la responsabilité de l'État juge. Dès lors la théorie de la faute va être complètement rejetée. Seulement dans ce mode d'activité, de par leurs fonctions mêmes, les agents doivent être spécialement protégés, la responsabilité baseé sur le risque sera limitée à certains cas. C'est ainsi que la loi de 1895 sur la réparation des dommages judiciaires ne vise que l'erreur, l'accident et non la faute.

Bien plus, dans cet état de choses, ce n'est pas seulement la logique et le droit qui sont atteints, c'est aussi l'équité, et c'est bien plus grave. Peu importe la logique, pourvu que la justice soit sauve ; nous n'avons pas le fétichisme des constructions juridiques harmonieuses, des belles lignes architecturales. La vie infiniment diverse et mouvante les bouscule trop facilement. Jamais leur froide raideur n'arrive à s'adapter parfaitement à l'infinie richesse des faits. Il y a en elles quelque chose d'incompatible avec le perpétuel devenir social, avec l'évolution créatrice serait-on tenté de dire avec Bergson. Mais l'équité ! sa violation entraine un intime froissement de la conscience, du sens moral qui est bien plus cuisant au cœur que les conséquences qui ne déplaisent qu'à l'intelligence. Or, l'équité ici est gravement méconnue parce que des particuliers souffriront dans leur honneur, dans leur fortune sans qu'aucun dédommagement ne vienne leur faire oublier le tort causé, et pourtant l'auteur du préjudice causé continuera à jouir d'une

paix, d'une tranquillité coupable ; la caisse collective leur restera fermée ils seront bien tentés de la taxer d'une ladrerie honteuse et l'esprit public éprouvera le sentiment d'un trouble social profond.

Cette face de la société a depuis longtemps préoccupé le législateur. Toutefois, les retards apportés à toute réforme sur ce point sont bien excusables. Nous nous empressons de le dire : à beaucoup d'esprits la tare ne parait pas si grave ; à beaucoup aussi elle paraît inévitable, excusable par ce fait même.

Quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle le Parlement est saisi d'un projet de loi sur les garanties de la liberté individuelle (1) qui contient dans un article 7 la disposition suivante :

---

(1) Voici l'histoire parlementaire de ce projet de la loi : 1907 Projet Clémenceau 18 janvier 1907.

Sénat. Documents parlementaires 1907 session ordinaire P. 2 Numéro 10.

1908 Sénat. Documents parlementaires p. 542 N° 119. Rapport Monis.

1909 Sénat. Débats parlementaires p. 90 et 162 adoption.

1909 Chambre. Documents parlementaires p. 2578. Rapport Raoul Péret. (La Chambre prononce la disjonction de la partie du projet relatif à l'art. 10 du code d'instruction criminelle).

1913. Interpellation Paul Meunier. Proposition de loi. Documents parlementaires Chambre p. 1206 N° 2658 rapport Louis Marin (non publié).

1919 Chambre 11e législature Documents parlementaires N° 5215 et 5318.

Sénat Documents parlementaires 1919 N° 353 p. 460.

Sénat. Documents parlementaires N° 256 p. 842 Busson Billault.

Sénat. Débats parlementaires 1922 p. 54, 92, 390, 898, 908.

Documents parlementaires 1922 p. 1235 (N° 4572) Débats 1922 p. 2073.

Les articles 505, 510, 513 et 516 du Code de Procédure civile sont modifiés comme suit :

« Art. 505. Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants :

1° S'il y a dol, fraude, concussion *ou faute lourde professionnelle* qu'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements.

2° Si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ;

3° Si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages intérêts ;

4° S'il y a déni de justice.

L'État est *civilement responsable* des condamnations en dommages-intérêts qui seront prononcées à raison de ces faits contre les magistrats, sauf son recours contre ces derniers.

Cette disposition législative apporterait une double réforme :

1° Elle étendrait la responsabilité des agents du service de justice.

2° Elle rendrait l'État solidaire de cette responsabilité.

Apporterait-elle par ce moyen une complète satisfaction à l'équité ?

Il paraît à première vue qu'une grave lacune resterait à combler.

Lorsque le fonctionnaire commet une faute sans qu'on puisse déclancher contre lui la procédure de la prise à partie, personne ne réparera le préjudice

causé. Lorsque la faute commise sera en quelque sorte anonyme, parce que le service est l'effet d'une collaboration au sein de laquelle il sera parfois impossible de discerner des responsabilités personnelles déterminées, l'Etat ne sera pas plus responsable que par le passé ; si ce n'est dans les cas prévus par la loi de 1895. Encore dans ces derniers cas la loi a prévu une réparation même en cas dehors de toute faute, de sorte que logiquement il faut se demander si dans la généralité des hypothèses où un dommage est causé sans faute, il ne serait pas bon de prévoir également une réparation.

Ainsi la réforme proposée n'a qu'un caractère étroitement limité.

Toutefois il faudrait se garder de la condamner au nom de la logique. Il faut se retenir de construire à priori un système idéal de responsabilité qui apporterait satisfaction à une certaine philosophie sociale, à une vue abstraite des choses mais que la pratique pourrait condamner.

L'objet de notre étude est exactement limité au cas de la responsabilité de l'État venant se superposer à celle effective, et sanctionnée par une condamnation du fonctionnaire.

Et pour bien juger de cette hypothèse particulière, il ne faut pas se placer au sein d'un système idéal, purement utopique.

Il faut bien comprendre tout d'abord que le vaste problème de la responsabilité de l'Etat est infiniment complexe, et qu'il résiste à une solution simpliste,

par trop logique. D'où la nécessité d'envisager isolément chacun des aspects, avant de poser un principe général.

Ce n'est pas avec des idées simples tirées de la législation qui régit les rapports entre particuliers que l'on peut organiser le fonctionnement de cet immense mécanisme que l'on appelle l'Etat. En ce qui concerne spécialement ce que l'on appelle la responsabilité de la personne morale publique, on est obligé de procéder par une méthode parfaitement adaptée au caractère propre du problème posé.

Il faut jeter un coup d'œil sur les différents aspects de cette responsabilité tel qu'elle nous apparait dans le droit positif actuel.

Il y a lieu d'abord de distinguer trois systèmes de responsabilité correspondant chacun aux trois fonctions dans lesquelles s'analyse l'activité de l'Etat.

Il y a une fonction qui consiste à élaborer des règles générales et impersonnelles apportant une modification à l'ordonnancement juridique (1) et consistant dans la création de nouvelles situations objectives, les mêmes pour tous, qui remplacent ou complètent la situation existante. C'est la fonction qui est exercée par le Parlement dans la forme des actes législatifs, des lois et par l'autorité administrative dans la forme des règlements.

On comprend qu'une activité de cette sorte échappe au droit commun de la responsabilité. Il est normal

(1) Duguit. Traité de droit constitutionnel 1921 T. II.

que des particuliers se prétendant atteints dans un de leurs droits par la loi nouvelle ne puissent attaquer cette loi ou tout au moins demander une indemnité. Les raisons m'en semblent nombreuses.

D'abord, s'il en était autrement, il ne serait possible de réaliser aucune innovation législative de changer quoi que ce soit de l'ordre existant, si ces lois nouvelles ne pouvaient intervenir qu'à la condition de ne porter atteinte à aucun intérêt ce serait l'immobilité absolue.

J'ajoute que, dans le cas où une loi nouvelle intervient, qui lèse certains intérêts, ce ne sont pas dans la grande majorité des circonstances des hommes qui en sont les auteurs responsables, ce sont les faits. Ces faits sont d'ordre très varié. C'est la transformation qui s'opére dans la technique de la production notamment, et qui a une répercussion si prompte sur l'ordre social tout entier. C'est pour prendre une application bien connue, la transformation qui s'est produite et le produit encore sous nos yeux dans la technique des moyens de transport. Les chemins de fer ont lésé beaucoup d'intérêts, ils ont ruiné les entrepreneurs de transport en diligence. L'Etat n'a cependant pas indemnisé ces derniers. Si on lui imposait une responsabilité dans des circonstances pareilles, on servirait bien mal les intérêts généraux en apportant à tous les progrès des entraves souvent redoutables. Evidemment il ne peut pas en être question. La loi peut, sans doute, dans telle hypothèse déterminée qui lui parait particulièrement digne d'intérêt, imposer à

l'Etat la charge d'une indemnité. Mais c'est là une simple faculté. Il y aurait les plus grands dangers à la transformer en une obligation.

Voilà certes toute une série de raisons pour expliquer l'irresponsabilité de la souveraineté législative qui ne sauraient être transportées dans la question de la réparation des erreurs judiciaires. Mais arrivons maintenant à un caractère nouveau de l'action du législateur qui nous paraît encore plus important à mettre en relief, car il marque d'une manière encore plus précise les différences qui séparent ces deux manifestations de la souveraineté. Nous donnons la parole à M. le doyen Larnaude :

« Ce caractère a été déjà signalé par mon excellent collègue et ami, M. le Poittevin, dans son rapport si substantiel et si complet. Me permettra-t-il en passant d'ajouter aux très nombreuses références qui rendent son travail si utile l'indication d'un article capital sur la question très générale de la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, d'un de nos collègues de la Faculté de Grenoble M. Michaud.

Voici donc cette particularité nouvelle de l'action législative. Lorsqu'une loi intervient qui atteint des intérêts, ce qu'il faut bien remarquer, c'est la manière même dont ces intérêts sont lésés. Ils le sont d'une manière générale et en quelque sorte impersonnelle. Sans doute, tel individu déterminé va avoir à souffrir de la loi, car il faut bien que les intérêts soient représentés par des hommes dans lesquels ils s'incarnent

(1) Larnaude Revue pénitentiaire 1896 p. 10.

en quelque sorte. S'il y a des préjudices causés, il faut bien que ces préjudices soient soufferts par quelqu'un, mais ce n'est pas contre ce quelqu'un que la loi a été faite. Le dommage n'est pas direct il n'est qu'indirect, médiat ; il se produit par contre coup, par ricochet. Peut-on en dire autant du dommage causé par une condamnation ou une arrestation qui sont la conséquence d'une erreur ?

C'est là, peut-être, qu'est la vraie raison de décider. Toutes les fois que l'acte souverain sera en quelque sorte impersonnel, il ne saurait être question de responsabilité. Si, au contraire, c'est à un individu déterminé que l'Etat s'en prend, qu'il y prenne garde ; il ne saurait s'en tirer alors à aussi bon compte. »

D'autres arguments théoriques sont encore présentés par la doctrine en faveur de l'irresponsabilité de l'Etat législatif tirés : soit de la souveraineté de l'Etat ; soit du rôle constitutionnel des Chambres dont les lois élaborées ont une présomption irréfragable de bonté ; soit de la nature politique de la loi qui dans une démocratie est le résultat de la volonté de tous les citoyens nantis d'une parcelle d'autorité ; soit des conséquences fiscales qu'entraînerait la théorie de la responsabilité. Il est aussi intéressant de noter que la théorie de l'irresponsabilité de l'Etat législateur est à la base des doctrines socialistes et communistes qui estiment que la société c'est-à-dire l'Etat peut à tout moment supprimer ou modifier par des lois certaines formes de la propriété et ce faisant sans dédommagement aucun pour le propriétaire.

Tels sont les obstacles purement théoriques qui s'opposent à la responsabilité de l'Etat en matière législative. Il ne faut pas confondre à cet égard la responsabilité pécuniaire avec l'indemnisation gracieuse et croire que, contrairement à ces idées générales, l'Etat se reconnait responsable parce qu'il accorde parfois des indemnités à l'occasion de certaines lois. D'abord ce n'est jamais que dans la loi elle même, qui doit le dire expressément, que les particuliers puisent leur droit à une allocation. Cette allocation leur est accordée par le parlement par équité pour ne pas exaspérer les ressentiments de la minorité. Puis il arrive aussi que la loi n'est pas à proprement parler une règle générale et impersonnelle mais en la force législative un acte individuel d'expropriation. Une loi de finances, par exemple, interdit la fabrication de la distillation des eaux de vie afin d'en réserver le monopole à l'Etat. Dans ce cas, il s'agit de la création d'une nouvelle recette fiscale. Dans la forme, l'acte accompli est impersonnel ; mais au fond, dans son but, on a eu l'intention de ne pas modifier le droit objectif, mais de favoriser les caisses publiques, de délivrer l'Etat d'une concurrence gênante. Le Conseil d'Etat, s'il était appelé à en connaitre, verrait dans l'exercice sous cette forme de la fonction législative, un véritable excès de pouvoir. De son côté la Cour de Cassation si elle était compétente y verrait aussi un véritable abus du droit. Une responsabilité peut donc bien naître du fait de la fonction législative lorsqu'elle est détournée de son but ; l'argument théorique développé par

nous n'a donc qu'une valeur relative ; si l'on examinait toujours le fonctionnement théorique d'une institution, on n'y découvrirait jamais les sources d'une responsabilité possible. Dans l'abstrait tout est toujours parfait. Seulement, et il nous suffit de retenir ceci pour ce qui nous intéresse, cette responsabilité ne peut naître que dans des conditions très particulières.

La véritable cause de l'irresponsabilité législative en France à l'heure actuelle, c'est que la Révolution a fait passer les droits absolus et souverains du monarque au Parlement et que les actes des Chambres échappent au contrôle des tribunaux quels qu'ils soient. Il n'y a pas de recours pour inconstitutionnalité : aucun tribunal ne peut apprécier la conduite du Parlement au regard des lois constitutionnelles et baser sa responsabilité sur la violation de principes supérieurs, puisqu'il n'a aucun supérieur. Ce fait seul explique l'irresponsabilité dont nous avons parlé.

Mais le législateur a si bien compris l'insuffisance de ce système dans la pratique, que lui-même reconnaît dans certains cas la responsabilité de l'Etat législateur et que de son propre mouvement il accorde aux particuliers lésés une indemnité. Il en est ainsi quand la loi nouvelle au lieu de poursuivre un but moral d'hygiène ou de progrès, cherche à enrichir le patrimoine de l'Etat et poursuit un but fiscal.

Bien plus, même dans le silence de la loi, la doctrine et la jurisprudence battent en brèche la notion de la souveraineté de la puissance publique. Le Parlement

a le Droit au-dessus de lui et il n'est peut être pas osé de dire que le temps est proche où le Conseil d'Etat aura la surveillance de la Constitution. Déjà à l'heure actuelle, le Conseil d'Etat admet la responsabilité de l'Etat quand ce dernier a contracté avec un particulier et qu'une loi postérieure vient modifier au détriment du particulier les clauses du contrat.

Ainsi donc pour cette première fonction de l'activité étatique, une responsabilité existe, mais elle présente en droit français des particularités notables.

La deuxième fonction de l'Etat consiste à faire appliquer les ordres législatifs. C'est la fonction administrative par laquelle les agents des diverses administrations accomplissent des actes créateurs d'effets de droit, soit en fourmulant une règle de droit objectif, soit en créant une situation juridique subjective (1).

Quelle sera la responsabilité de l'Etat pour ces actes ? Lui appliquera-t-on les règles du Code civil ou bien des règles spéciales ? L'Etat sera-t-il seul responsable ou bien ses agents concourront-ils à une part de responsabilité ? La théorie administrative élaborée par la jurisprudence du Conseil d'Etat constitue une construction très originale. Elle part du principe énoncé dans l'arrêt Blanco : (Sirey 1873-2-153) Tribunal des

---

(1) Ces actes tels que la délivrance d'un permis de chasse, la nomination d'un garde-champêtre sont des actes administratifs stricto-sensu. Au contraire, les actes formulant une régle de droit objectif les règlements par exemple sont législatifs quant au fond et administratifs quant à la forme.

Conflits) « Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat à raison des actes de ses agents dans le fonctionnement des services, ne peut être réglée par les principes du Code Civil pour les rapports de particulier à particulier, que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle a ses règles générales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. » Le même principe a été formulé dans l'arrêt Dugave. « Considérant que l'art. 1384 du Code civil a pour objet de régler la responsabilité dont les particuliers peuvent être tenus à raison des personnes qui sont placées sous leur autorité ou surveillance ; que ces dispositions sont d'ordre privé et ne déterminent ni les rapports entre l'état et ses employés, ni les conséquences juridiques que ces rapports peuvent produire entre les tiers et l'Etat... »

Et sur ce principe, la jurisprudence administrative a construit une théorie qui désolidarise la faute personnelle du fonctionnaire et sa propre responsabilité, de la responsabilité de l'Etat. Cette dernière est limitée au cas de mauvais fonctionnement du service suffisamment accusé, lorsque ce mauvais fonctionnement ne peut pas être imputable à un agent déterminé.

Jusqu'en 1900 cette théorie ne s'appliquait qu'aux actes de gestion ; depuis on a admis que dans tous les actes administratifs se mêlait une notion de puissance publique et qu'il y avait par conséquent lieu d'étendre le champ de cette théorie aux actes d'autorité. Le Conseil d'Etat évolue dans ce sens. Il aban-

donne même la théorie de la responsabilité basée sur l'idée de faute et commence à admettre la théorie du risque beaucoup plus extensive et plus favorable aux particuliers. (1)

Nous voyons que dans cette seconde fonction la responsabilité de l'Etat est très accusée et qu'elle tend à prendre encore plus d'extension.

Ainsi déjà le contentieux de la réparation des dommages causés par l'Etat apparait comme une hydre à cent têtes et nous n'avons pas encore examiné la troisième fonction de la collectivité publique, savoir la fonction juridictionnelle. Dans cet ordre d'idée les autorités interviennent pour réparer un désordre de l'ordonnancement juridique par l'accomplissement d'un acte individuel, qui est la conséquence logique de la constatation avec force de vérité légale du fait litigieux et du droit violé.

Ici encore il y a des responsabilités diverses. Nous avons vu plus haut à quoi elles se résumaient pour l'Etat qui n'est civilement responsable qu'au cas limitatif de révision et pour les fonctionnaires de l'ordre judiciaire qui jouissent du bénéfice de la prise à partie. Nous notons en passant que c'est bien dans cette troisième fonction de l'état que la notion de responsabilité a le moins évolué.

---

(1) Une responsabilité spéciale est prévue par des textes spéciaux en matière de travaux publics, d'expropriation, d'enseignement, d'accidents du travail, de pêche, de champs de tir, de P.T.T., de dommages de guerre, etc...

Ainsi l'on peut dire que la collectivité publique est soumise à une foule de régimes divers pour la réparation des torts qu'elle occasionne aux tiers.

Y a-t-il un principe commun qui domine tous ces régimes juridiques ? Ne devrait-il pas y en avoir un logiquement, de telle sorte que lorsqu'on se trouve en face d'un perfectionnement à apporter à la machine on puisse l'harmoniser avec le reste. Nous croyons qu'il est possible de trouver tout au moins des idées directrices mais que l'on ne s'étonne pas de la complexité du problème. Avant tout le problème est un problème d'histoire. Ou plutôt il faut se souvenir que l'organisation actuelle infiniment diverse est une résultante de l'histoire ; l'évolution des faits a commandé tous les détails du droit positif en son état actuel. Et la poussée continuelle des évènements explique l'apparition des questions nouvelles.

Toutefois, il ne faudrait pas verser, en présence de ce mouvement perpétuel, dans un scepticisme exagéré. C'est faire preuve d'une faiblesse de pensée presque irrémédiable et d'une vulgarité d'esprit vraiment désespérante que de confondre le mouvement avec le progrès d'accepter passivement toute nouveauté et toute transformation.

Sans doute, partout on a pu constater que le génie national de chaque pays, l'ensemble des traditions juridiques, son régime social et politique engendraient des manières spéciales de comprendre et par conséquent d'appliquer des principes d'ailleurs admis partout.

Néanmoins, il y a de ces principes universellement admis. Ces règles essentielles sont en effet basées sur la nature de l'homme qu'on peut tenir pour immuable. Les mêmes sentiments, les mêmes désirs, les mêmes passions nous agitent qui déterminèrent les actes de nos aïeux.

Ce n'est que la mise en œuvre des principes élémentaires qui varie d'une législation à l'autre et dans chaque pays d'une époque à l'autre. La manière d'assurer les fonctions de l'Etat se modifie incessamment. Nous essayons toujours et nous recommençons toujours.

Ceci est particulièrement vrai en régime démocratique où nul organe ne se trouve chargé de fixer et de maintenir le principe sur lequel repose l'Etat. De tous les régimes, le démocratique est assurément celui qui fait à la raison la plus médiocre part, tout s'y trouvant soumis à l'incompréhensible loi du nombre. Fondée sur l'opinion publique mouvante et versatile, la démocratie fait une effrayante consommation d'idées, de systèmes et d'individus. Il lui faut toujours du nouveau ; c'est son honneur et sa faiblesse. Son honneur, parce qu'il est très beau de passer son temps à rechercher le bien ou le juste, plutôt que l'utile et de tendre ainsi constamment l'esprit public, quitte à le fatiguer ou à l'obséder. Sa faiblesse, parce que la volonté et l'intelligence humaines ne pouvant rien produire sans un long et patient effort et sans le précieux concours du temps, on peut craindre que la démocratie n'absorbe plus qu'elle ne crée.

Le droit français devait subir ces variations indispensables, il le fit ; il s'apprête encore à le faire, témoin cet article 7 qui tente d'apporter une solution au problème qui nous préoccupe.

Afin d'examiner la portée de la réforme et de dégager les données générales et les principes qui doivent aider à répondre à la question posée, conformément à l'esprit de notre système actuel français, de la responsabilité de l'Etat, nous avons divisé notre étude de la façon suivante :

Chapitre I. — Le Droit positif actuel.

Chapitre II. — La Réforme possible.

Nous avons dans un dernier chapitre rassemblé des renseignements intéressants puisés dans les législations étrangères.

CHAPITRE I.

Le Droit positif actuel.

§ I. — Les Principes.

Replaçons-nous dans l'hypothèse que nous avons proposée au début de cette étude : Un particulier a éprouvé un préjudice par la faute d'un juge d'instruction. Dans cette hypothèse, les partie en présence sont d'une part un patrimoine privé ; d'autre part, un autre patrimoine privé, celui d'un agent de l'Etat ; enfin la caisse collective ; celle-ci n'intervient ici qu'au titre du service de la justice, à raison de l'acte du fonctionnaire dans l'exercice de sa mission d'agent judicaire.

Toutes les fois que le dommage nait à l'occasion du fonctionnement du service de la justice, une poursuite est possible contre l'agent par la faute duquel le préjudice a été causé en vertu de l'art. 1382 du code civil, *sauf les restrictions édictées* tant au point de vue du fond : limitation de la responsabilité au cas de dol, fraude ou concussion, qu'au point de vue de la forme : autorisation préalable etc.....

par les articles du code de Procédure Civile et du code d'Instruction Criminelle, *relatifs à la prise à partie*. Cette responsabilité personnelle de l'agent est plus précisément organisée de la manière suivante. Pour tous les agents qui ne sont pas protégés par la prise à partie, c'est le droit commun de l'art. 1382 qui s'applique. Pour ceux qui bénéficient de la garantie légale, il y a à distinguer deux catégories d'espèces : celles dans lesquelles l'agent jouit à la fois de la procédure exceptionnelle (Pr. C., art. 505, al. 1); quant au fond et la forme, et celles dans lesquelles il ne jouit que des garanties de forme et tombe pour le fond sous le coup de l'art. 1382 (2°, 3°, 4° de l'art. 505). Dans ce cas il répond même de sa négligence tout comme un simple particulier.

Nous n'avons pas à examiner de plus près la responsabilité de l'agent, mais seulement ce qu'il advient de la caisse publique lorsque l'agent est condamné à payer des dommages et intérêts.

Eh bien dans ce cas, les actes des agents de tout ordre qui participent au fonctionnement du service de la justice ne donnent jamais lieu à une action en dommages et intérêts contre l'Etat.

Il est impossible par conséquent de mettre en cause l'Etat ni aucun patrimoine administratif au cours des poursuites intentées contre le fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires. Ainsi en a décidé la cour de Poitiers dans son arrêt du 26 février 1908. Les époux Ménard avaient intenté une action en dommages et intérêts contre le maire de la Com-

mune de Saint-Symphorien, le sieur Lasson, contre son secrétaire de mairie et contre la commune dont le maire était l'agent et le secrétaire le préposé. Le maire, ou du moins son secrétaire avait négligé de faire mention sur les registres de l'état civil de l'adoption du sieur Ménard et il en était résulté pour ce dernier un préjudice. Il avait recueilli la succession de l'adoptant non pas à titre d'enfant adoptif, mais à titre de légataire universel grâce à la précaution que l'adoptant avait prise de faire un testament. De ce fait, il avait eu à payer des droits de mutation beaucoup plus élevés. Cet excédent s'élevant à la somme de 25.620 frs 41, il le réclamait au maire, au secrétaire de mairie, et à la commune solidairement responsables, soit en vertu de l'art 1382, soit en vertu de l'art. 1384. La Cour répondit en condamnant le maire seul responsable directement et exclusivement de la tenue des registres ; elle écarte la responsabilité de la commune, tant en raison de la faute du maire que de la faute du secrétaire de mairie, parce que ces derniers avaient agi *en tant qu'auxiliaires du service de la justice* et que dans ce cas aucun patrimoine administratif ne peut jamais être déclaré responsable des fautes des fonctionnaires ou des préposés de l'administration ; bref de tout individu agissant pour le compte de la justice à quelque titre que ce soit.

Il est impossible d'autre part d'intenter contre l'Etat une action en responsabilité devant le Conseil d'Etat. Demander au ministre de la justice l'allocation

d'une somme d'argent, puis se pourvoir contre la décision de rejet du ministre avec le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat par la voie du *contentieux de pleine juridiction*, ce serait éprouver un échec certain. Le Conseil d'Etat ne se reconnait pas compétent pour connaître des actes des fonctionnaires quels qu'ils soient, accomplis *en qualité d'auxiliaires de la justice*. Ils ne sont pas (dans le cas) des actes administratifs, mais les éléments préliminaires d'une instruction préalable (ou des actes, en général) dont l'appréciation ne relève que de l'autorité judiciaire. » Conseil d'Etat 30 janvier 1914, Lebon p. 121. Banel, Thaumargnat. Il s'agissait en l'espèce de marchands de vins, importateurs d'Espagne, dont la douane avait retenu les produits en les accusant de falsification. En vertu de l'art. 2 du décret du 31 juillet 1906, les agents des douanes sont investis de fonctions qui en font des auxiliaires du service de la répression des fraudes, service judiciaire, puisque le fraudeur est appelé à répondre de sa fraude devant les tribunaux judiciaires. Or l'enquête avait établi que les chimistes de la douane avaient commis une faute grave en négligeant de faire état des analyses préalables fournies par l'importateur, en ne retenant qu'un seul des indices prescrits par les instructions de service, en ayant agi pour ce faire sous la pression des syndicats agricoles de producteurs français, qui se voyaient concurrencés par l'importation d'Espagne.

Le ministre des finances répondait au nom des agents des douanes qu'aucune faute n'incombait au

service, lequel pouvait invoquer le caractère douteux des produits saisis pour justifier les opérations préjudiciables aux réquérants auxquels ils s'étaient livrés ;

Le Conseil d'Etat se contente de proclamer que quoi qu'il en soit de la faute, de la responsabilité personnelle des agents ou du fonctionnement défectueux du service, il n'a pas à en connaitre, puisqu'il s'agit non pas du service administratif, du service des douanes envisagé au point de vue administratif, mais de la partie de ce service consacrée à la répression des fraudes qui rentre exclusivement *dans la compétence de l'autorité judiciaire.*

Même lorsqu'il est arrivé que le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent, il a fondé sa compétence sur ce fait que l'action en responsabilité est dirigée *contre l'Etat* ; mais alors il s'est appuyé sur le principe de l'irresponsabitité de l'Etat à raison des fautes commises par les fonctionnaires dans l'exercice de fonctions judiciaires. Nous avons cité au début de cette étude l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 8 janvier 1875 sur la requête de la compagnie russe de navigation d'Odessa.

Voir dans le même sens Conseil d'Etat, 20 février 1885 Malosse, Lebon, p. 228.

Le Conseil d'Etat se trouverait donc en présence de deux alternatives ; ou bien proclamer son incompétence, ce qui le dispense de connaître du fond de l'affaire, à raison d'actes dont la connaissance incombe exclusivement à l'autorité judiciaire, ou bien se reconnaitre compétent, mais opposer néan-

moins cette exception préjudicielle qu'il s'agit d'une matière dans laquelle l'Etat est irresponsable, ce qui le dispense également de connaître du fond de l'affaire et de procéder à l'appréciation du fonctionnement du service.

Laquelle de ces deux attitudes la haute juridiction administrative a-t-elle choisie ? Il nous semble qu'elle s'est arrêtée à la première ; qu'elle s'en tient uniquement aujourd'hui à l'exception d'incompétence.

C'est en effet le tribunal des conflits qui lui a dicté le choix à faire, et c'est à lui en principe que revenait à cet occasion la définition finale. Il peut être saisi théoriquement de la question de la manière suivante : Le particulier met en cause l'Etat à propos d'une faute commise par un agent des douanes, par exemple, dans le service de la répréssion des fraudes ou de la contrebande, à l'occasion de la poursuite intentée contre le fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires. Ces derniers condamnent ou ne condamnent pas l'agent, ou bien ils exigent la prise à partie, peu importe ; quoi qu'il en soit de cet individu, ils se déclarent incompétents à l'égard de l'Etat, en s'appuyant sur l'arrêt Blanco ci-dessus cité (Conflit S. 73 2- 158.) Le particulier lésé s'adresse au Conseil d'Etat. Si le tribunal administratif passe outre à la question de compétence et s'appuie sur le principe de l'irresponsabilité de l'Etat en matière judiciaire, il n'y a rien faire, le litige est tranché, il n'y a plus de recours. S'il proclame son

incompétence, il reste encore au particulier la procédure du conflit négatif.

Il s'agit ici du particulier qui cherche un juge et qui n'en trouve pas, embarras qui nait de ce que les tribunaux judicaire et les tribunaux administratifs se refusent les uns et les autres à se reconnaître compétent pour statuer sur un litige qui leur est soumis (1).

Le Tribunal des Conflits a eu précisément l'occasion de trancher la question.

Le sieur Gilly avait éprouvé un dommage du fait de la saisie par les agents des douanes de l'Algérie de ses produits œnologiques. Cette saisie était injustifiée, car les instructions du service des douanes et les décrets régissant ce service avaient décidé que les produits de cette sorte ne tombent pas sous le coup de la législation répressive des fraudes. Gilly intente une action en dommages intérêts contre le gouvernement de l'Algérie, devant les tribunaux judiciaires, ceux-ci se déclarent incompétents. Il se retourne vers le Conseil d'Etat qui lui fait la même réponse. Il en appelle au tribunal des Conflits qui fait alors le raisonnement suivant :

1° La faute a été commise par l'administration Algérienne dans les mesures d'exécution des lois répressives sur les fraudes ;

(1) Arrêt du trib. des conf. du 8 novembre 1902, aff. Villeneuve c/ Charnod : Sirey 1904 3-97.

2° L'exécution de ces lois appartient à l'autorité judiciaire ;

3° Les agents ont agi comme auxiliaires de la justice ;

4° Il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire d'apprécier la faute.

(Tribunal des Conflits 22 janvier 1921 Sirey 1921.3. 41) (note de M. le Hauriou.) (1)

Ainsi la question posée est semble t-il définitivement tranchée. Dans l'espèce envisagée, le particulier se heurtera devant le Conseil d'Etat à une déclaration d'incompétence.

Une observation s'impose à ce propos. La solution qui est ainsi définitivement consacrée est la plus défavorable au particulier. Il eut bien mieux valu que le Conseil d'Etat eut été reconnu compétent pour connaître de l'affaire, à raison de ce fait que c'est la responsabilité de l'Etat qui est en jeu.

Cette solution eut été parfaitement logique.

Pourquoi invoquer ici la séparation des autorités administratives et judiciaires en faveur de l'autorité judiciaire, quand il se trouve qu'ainsi interprété le principe est défavorable an particulier ? Mais nous reparlerons plus loin des fondements du système après

(1) Voir dans le même sens :
S. 1885-3-68 Conflit 15-12-83 Daille.
» 1891-3-32 » 25-3-89 Dufeuille, Usannaz, Joris, Michon et Lafreney.
» 1914-3-92 » 9-12-1911 Robin.
» 1920-3-47 » 15-11-1913 Lefebvre.
Rec. Gaz. Trib. 1920-3-350 Conflits 22-3-1920 Tran-Van-Thac.

l'avoir examiné dans son ensemble. Quoi qu'il en soit dès maintenant, nous pouvons noter que si l'on avait tranché en sens inverse la question préjudicielle de compétence, il ne serait plus resté à la disposition du Conseil d'Etat que la question préjudicielle d'irresponsabilité. Or cet obstacle à la condamnation pécuniaire de l'Etat eut-il survécu longtemps ? Nous ne le voyons plus apparaître depuis assez longtemps parce que le tribunal administratif s'est réfugié derrière son incompétence. Mais il est à croire que s'il n'avait eu à sa disposition que cet ultime retranchement, le principe de l'irresponsabilité de l'Etat en matière judiciaire eut été une barrière bien fragile depuis les arrêts qui ont complètement anéanti le dogme de l'irresponsabilité de la puissance publique basé sur l'idée de souveraineté dans toute la matière des services publics.

Nous ne faisons ici que tracer les lignes générales du système, des données fondamentales, nous réservant d'en faire une analyse critique lorsque nous en rechercherons les fondements. Cette observation, qu'il fallait faire, nous la reprendrons alors avec tous les développements qu'elle comporte.

Nous avons encore à nous demander s'il ne reste vraiment aucun moyen au particulier lésé par la faute d'un agent de la justice (l'hypothèse très spéciale de la révision étant réservée) d'obtenir la mise en cause de l'Etat.

Le principe qui s'oppose à l'action de l'individu est-il général et absolu ? N'est-il pas possible de lui tracer des limites.

Dans le fonctionnement du service de la justice il peut naître à la charge de l'Etat des obligations pécuniaires de diverses sources à l'égard des particuliers. Toutes ces sources sont-elles taries par le principe posé ? N'en reste-il absolument qu'une, la loi de 1895 sur la réparation des erreurs judiciaires ?

Nous avons vu que la cause de cette obligation de réparation puisée dans la faute et la condamnation du fonctionnaire est inopérante. A fortiori, la faute du fonctionnaire non sanctionnée par une condamnation parce qu'elle n'est pas suffisamment individualisée ou parce qu'elle est absoute en vertu de l'art. 505, à ce qu'on appelle la faute de service le mauvais fonctionnement du service, ne peuvent jamais créer d'obligation à la charge de l'Etat.

Mais en dehors du risque non visé par la loi de 1895, de la faute personnelle du fonctionnaire du fait du service, on peut trouver d'autres chefs de responsabilité.

La notion d'irresponsabilité doit-elle être restreinte à ces espèces où le dommage nait d'un cas fortuit, d'un incident du service, ou d'une faute. N'y a-t-il pas place pour l'application de principes qui tendraient à une condamnation de l'Etat fondée sur d'autres idées ? Ne pourrait-on pas appliquer la notion d'enrichissement sanscause, celle de gestion d'affaire, la notion de responsabilité contractuelle, la notion de la voie de fait dans certaines hypothèses spéciales légitimant le recours à ces principes tirés du droit privé ?

Il faut bien remarquer que souvent une mesure judiciaire aboutira à mettre dans la main de l'Etat certains objets sur lesquels celui-ci fera ensuite des actes de nature à engager sa responsabilité en vertu d'un quasi-contrat, qui sera formé à cette occasion et qui aura eu pour effet de modifier les rapports entre le particulier et le service de la justice. Ce particulier aura cessé d'être un tiers. Un commissaire de police, par exemple, pratique la saisie d'un objet et à la suite de cette saisie garde l'objet pendant un certain temps dans ses bureaux. La saisie est une opération de police judiciaire ; mais la garde de l'objet qui est la conséquence immédiate de cette saisie, la continuation de son exécution, se distingue de l'exécution même de l'acte judiciaire. Un nouvel acte apparait du fait de la persistance de la saisie ; cet acte est accompli par un fonctionnaire de l'ordre judiciaire, mais il crée entre l'Etat pour lequel agit le commissaire et le particulier un lien nouveau de droit qui n'apparaissait pas auparavant : il est intervenu un quasi-contrat de dépôt. En surveillant ce dépôt, le fonctionnaire assume au nom de l'Etat, vis à vis du particulier des obligations nouvelles analogues à celles qui pourraient naître entre particuliers, dans des hypotèses semblables, à l'occasion non plus d'uns saisie sans doute, mais, par exemple, d'une gestion d'affaires involontaire, telle que la jurisprudence judiciaire en a dégagé la notion.

Quelle raison de ne pas appliquer ici à l'Etat les dispositions légales qui régissent les particuliers ?

Sans doute, on pourrait être tenté de voir là comme une résurrection bien intempestive de la vieille distinction des actes de gestion et des actes d'autorité. Ce développement nous a d'ailleurs été inspiré par un passage de l'article que M. Michoud a écrit en 1895 sur la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents (1) en un temps où la fameuse distinction jouissait de toute la faveur de la doctrine.

Seulement nous nous défendons d'avoir cette intention. Sans doute on pourrait songer, à l'occasion de la survivance en matière judiciaire du dogme de l'irresponsabilité de la Puissance publique, de se servir des mêmes armes, des mêmes procédés d'analyse juridique qui ont servi à la dissolution, à la décomposition, à la désagrégation de ce dogme dans les services publics purement administratifs. Mais en réalité, il n'y a pas besoin de faire appel à des théories surannées. Ce sont les principes du droit positif actuel que nous cherchons à dégager. Or le droit actuel nous dicte la solution du problème envisagé dans le sens que nous avons indiqué parce que sans qu'il soit besoin de faire appel à la distinction des actes d'autorité et de gestion pour souhaiter une décision jurisprudentielle meilleure, nous avons la jurisprudence, et le principe dont elle s'inspire n'est pas puisé dans une

(1) Revue du droit public, année 1815, n° 3.

construction émanée de juristes attardés, mais dans la vie juridique contemporaine.

Ainsi nous voyons qu'en matière administrative la Puissance Publique se soumet au droit privé lorsqu'elle recourt à un procédé de droit privé. Par exemple, elle passe un contrat pour l'exécution du service dans les mêmes conditions qu'un particulier (Sirey 1920.3.5.4. Conseil d'Etat 15 novembre 1913·Meyer Conseil d'Etat 28 janvier 1922 Ville de Béziers.)

L'administration se soumet au droit privé lorsque ses actes sont entachés d'une irrégularité flagrante, tout en restant des actes de la personne morale.

Il y a des actes qui émanent de l'administration et qui sans dégénérer en faute personnelle contiennent une irrégularité tellement scandaleuse que l'administration doit être considérée comme ayant fait abandon de ses prérogatives. C'est ce qui se produit dans l'hypothèse de la voie de fait.

Les principes qui gouvernent en cette matière la jurisprudence relativement au contentieux des services administratifs perdent-ils toute valeur quand il s'agit du service de la justice ? Nous ne voyons pas de bonne raison pour ne pas appliquer la même règle dans ce cas à certains actes accomplis par des fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

On peut résumer de la manière suivante la règle de droit actuellement en vigueur qui domine les rapports entre l'Etat et le particulier lésé par une faute reconnue et sanctionnée d'un agent dans le fonctionnement du service de justice.

L'Etat ne répond pour l'obligation même à la dette en aucun cas des condamnations pécuniaires prononcées contre son agent du moment que la faute a été commise dans l'exercice des fonctions judiciaires par cet agent, sauf s'il est établi entre le particulier et l'Etat par le fait du service un quasi-contrat de gestion d'affaires, un enrichissement sans cause, ou si, d'une manière plus générale l'acte constitue véritablement un procédé de droit privé.

§ II. — Explication.

Quels sont les fondements rationnels ou tout au moins historiques de ce principe ?

Nous disons tout au moins, historique, parce que, tout bien pesé, le fondement véritable de la règle posé, n'apparaît pas à l'analyse comme rationnel, logique ; le système tel qu'il subsiste aujourd'hui s'explique par les circonstances historiques qui ont édifié un certain état de la procédure d'où il résulte l'impossibilité d'adopter une autre solution que celle que nous voyons consacrée. Il se trouve que les tribunaux n'ont pas besoin d'échafauder une argumentation précise, de recourir à des règles normatives tirées du droit positif. la procédure est telle qu'à elle seule elle forme l'obstacle infranchissable devant lequel se heurte le recours du particulier lésé.

Ici l'âme sociale, l'esprit des institutions se manifestent indirectement par leur organisation même, et non pas dans une règle franchement et publiquement posée. Il n'y a pas à proprement parler de règle, il y a une conséquence, une interférence de l'ordonnancement juridique en général. Il est très intéressant de saisir ainsi sur le vif une manifestation particulièrement curieuse de la vie juridique. Cette vie juridique s'équilibre sous l'influence des faits, par des stabilisations successives. Un régime s'établit sur la base de quelques idées premières ; puis il fonctionne, on voit naître alors d'autres besoins, d'autres idées du fait même des imperfections qui se révèlent à l'usage ; alors on procède à une modification, et la vie se poursuit. L'efficacité de la réforme n'apparaît qu'avec le temps. Le vaste problème de la responsabilité de l'Etat, aux aspects multiformes, a reçu ainsi au cours de l'histoire des solutions successives et diverses qui ont subi étroitement le joug de ces conditions générales de la vie juridique.

Il s'agit, pour nous, présentement de savoir pourquoi l'Etat ne peut être déclaré civilement responsable de la condamnation prononcée contre un agent judiciaire.

On peut tenter d'en proposer quatre raisons directes différentes, qui, nous le verrons, sont à rejeter, car il n'y a pas de raisons directes ; c'est un effet de la procédure, c'est une résultante, à l'heure actuelle, tout au moins, des institutions existantes.

Première raison : On pourrait être tenté de dire :

autoriser les poursuites contre l'Etat, ce serait aller contre l'autorité de la chose jugée. Il faut tout de suite écarter cet argument propre au fonctionnement du service de la justice, et qui donne par ailleurs à la responsabilité de l'Etat juge en général son caractère spécifique.

En effet, l'autorité de la chose jugée n'a rien à voir dans la question. Un fonctionnaire a commis une faute. Il en résulte qu'un jugement est erroné. S'il est entaché d'une erreur de droit, la cour de Cassation remettra les choses en état. S'il est entaché d'une erreur de droit volontaire, par mauvaise interprétation de la loi, la cour suprême sanctionnera cette erreur par une annulation. S'il est entaché d'une erreur de fait, il n'est pas possible de recourir à ce contrôle suprême. D'ailleurs s'il s'agit d'une erreur de droit, la Cour de Cassation scrute la conscience du juge et si elle découvre que le juge a commis cette erreur par mauvais esprit, avec une intention frauduleuse, elle renvoit les parties à se pourvoir par la voie de la requête civile (1). La même procédure est applicable au cas d'erreur de fait.

(1) Ainsi il n'est pas exact de dire que la cour ne connaît que du point de droit. A l'égard des parties oui, sans doute ; mais à l'égard du juge, pour savoir s'il y a lieu à annulation ou à requête civile, elle procède à un examen des faits dans un but disciplinaire ; elle recherche quelle a été l'attitude du juge à l'égard de la cause. Ce rôle disciplinaire de la Cour suprême est particulièrement mis en relief dans une récente circulaire du Président Sarrut.

Gaz. du Pal., 29 juin 1921.

Ainsi la réparation du dommage causé sera opérée non par le retrait du jugement vicié, mais par l'intervention d'une nouvelle décision juridictionnelle.

En effet : « Il est juridiquement possible de supprimer pour l'avenir un acte juridique et de faire cesser aussi pour l'avenir les effets d'un acte juridique régulier quelconque. Il y a alors deux actes juridiques successifs : le premier qui a produit ses effets jusqu'au moment où le deuxième qui seul subsiste et seul produit désormais des effets juridiques.

Il n'est pas possible juridiquement de supprimer pour le passé les effets qu'a produits un acte juridique régulier. Cela n'est pas plus possible que de supprimer dans le passé les effets d'un acte matériel, de le faire considérer comme s'il n'avait jamais été accompli. Il est impossible d'affirmer qu'est non avenue la blessure occasionnée par le coup de couteau reçu par un individu ; il n'est pas davantage possible d'affirmer qu'est non avenu l'effet juridique qu'a produit un acte juridique. Tout ce qui est juridiquement possible c'est d'accomplir des actes juridiques nouveaux, choisis de manière à remettre autant que possible les choses en l'état. » (1)

On comprend que ce procédé de réparation soit d'un usage très limité. C'est une chose très grave de revenir sur des situations juridiques qui ont pris nais-

(1) Jèze. Principes généraux du droit administratif. Paris. Giard, 1914, p. 88.

sance, qui ont produit des effets, en créant de nouvelles situations qui produiront des effets nouveaux, lesquels viendront se heurter aux conséquences déjà développées et vivantes du passé.

La nécessité d'agir ici avec une grande prudence pour éviter de nuire à des tiers, de laisser se développer un certain état d'instabilité juridique incompatible avec la paix nécessaire à l'ordre social, donne toute sa valeur au principe de l'autorité de la chose jugée.

Les mêmes considérations expliquent les entraves apportées à la modification des situations juridiques par la voie de l'annulation dans d'autres domaines. En matière d'actes administratifs, un délai très court vient limiter la possibilité de faire un nouvel acte à la suite d'un premier reconnu illégal.

Seulement, il y a un autre moyen d'obtenir réparation. Celui-là ne tend pas à la confection d'un nouvel acte. Il ne change rien aux situations existantes. Il consiste dans une condamnation pécuniaire. Ainsi en matière de délimitation administrative du domaine public, le particulier lésé n'est pas longtemps recevable à exiger que l'administration fasse un nouvel acte de délimitation régulier si le premier est illégal. Mais il peut demander une indemnité aux tribunaux, même après que le premier recours direct en annulation s'est éteint par la prescription.

En matière juridictionnelle, le fait de condamner le juge et solidairement l'Etat à allouer une somme d'argent au plaideur lésé, constitue un mode de répara-

tion qui ne porte pas atteinte à l'autorité de la chose jugée.

De plus, ce dernier principe ne s'applique plus dans un vaste domaine du fonctionnement du service de justice, qui ne consiste pas seulement dans des décisions juridictionnelles, mais dans des actes non juridictionnels préparatoires ou complémentaires de ces décisions.

Cette distinction entre l'acte juridictionnel et l'acte non juridictionnel présente un grand intérêt au point de vue de l'autorité de la chose jugée. Mais elle en présente un également au point de vue de la responsabilité qui doit être assujettie à des conditions différentes dans les deux cas.

Comme la règle de l'autorité de la chose jugée ne nous paraît pas être le fondement véritable du principe jurisprudentiel posé plus haut, nous n'insistons pas sur cette distinction. Et la règle en question étant écartée, il reste à savoir s'il n'y a pas d'autres raisons directes qui justifient l'attitude actuelle des tribunaux.

Deuxième raison. — La loi de 1895 qui consacre la responsabilité pécuniaire de l'Etat en matière d'erreurs judiciaires a un caractère limitatif. En dehors d'un texte analogue, il est impossible de prononcer des condamnations à des dommages et intérêts contre l'Etat non seulement à raison des dommages causés en général par le fonctionnement du service de justice, mais à raison des condamnations pécuniaires prononcées contre les agents de ce service.

Il s'agit de savoir si la loi de 1895 a un caractère

limitatif parce que la règle est l'irresponsabilité de l'Etat, d'après le droit commun, ou bien parce que la responsabilité qu'elle édicte est exceptionnelle par rapport au droit commun.

Dans le premier cas, le législateur s'en serait implicitement rapporté à un principe général tiré de la loi ou de la coutume, bref du droit commun, pour donner à la loi de 1895 un caractère limitatif.

Dans le second cas, pour ce faire, il aurait considéré qu'étant donné le droit commun de la responsabilité en général, il créait aux dépens de l'Etat une charge d'une nature exceptionnelle, forcément renfermée dans des conditions rigoureuses.

En principe, on n'est responsable que de sa faute, ou bien de la faute de ses préposés ou du dommage causé par les choses que l'on a sous sa garde. Pour l'Etat, il y a des règles spéciales sans doute, c'est, d'après la jurisprudence du tribunal des Conflits, l'équité qui en décide. Mais la jurisprudence relative à la responsabilité de l'Etat ne peut s'écarter foncièrement de la notion même de responsabilité sous peine de tomber dans le pur arbitraire. Or, quoi que l'on dise, la notion de responsabilité, fondée ou non sur la faute, ou sur les risques, quelle que soit sa souplesse, ne peut néanmoins s'écarter au delà d'un certain cercle, aussi large qu'on puisse le concevoir qui est le suivant : Quand le dommage est né à l'occasion d'une intervention d'une personne, d'un agent ou d'une chose dépendant de cette personne, la responsabilité ne nait pas si la cause du dom-

mage est dans un fait étranger à cette intervention, dans un cas fortuit, ou une force majeure. Quand on parle de responsabilité pour risque, on pense bien sans doute au cas fortuit, ou force majeure, mais on veut parler ici de faits et causes de dommages qui se rattachent à l'intervention de la personne, de son agent ou de la chose. Sans doute, il n'y a pas de faute, mais il reste un lien de cause à effet. Une grenade qui explose dans un dépôt de munitions ; c'est un cas fortuit, mais il est le fait du dépôt. Que la foudre tombe sur une usine, les accidents qu'elle provoque parmi les ouvriers ne peuvent entrainer la responsabilité du patron (1), parce qu'il n'y a aucune relation, aucun lien de cause à effet, entre la foudre et le patron.

Aussi largement que l'on conçoive la notion de responsabilité il est impossible, si l'on veut rester dans ce que l'on appelle normalement, en dehors des dispositions législatives spéciales, la responsabilité de s'évader hors de certaines limites.

Nous avons pris l'exemple des accidents du travail. Il y a à cet égard des textes spéciaux ; ils sont dérogatoires aux principes de la responsabilité entre particuliers ; en admettant que le droit commun de la responsabilité publique ne soit pas fondamentalement identique à ce qui est la règle dans le droit privé, et

(1) Trib. civ. de Bourg, 30 janvier 1900 D. 1901-2-339.
» » de Bayonne, 20 mars 1900 D. ibid.
» » de Bordeaux, 3 déc. 1900 D. ibid.
Voir Dalloz Code des accidents du travail.
Griolet Vergé, 4e édit. Paris, 1912, nº 472 et sq.

englobe aussi les exceptions mêmes introduites dans les rapports entre particuliers, on est néanmoins obligé, à moins de ne plus savoir de quoi l'on parle de s'arrêter à un certain point. Sans limites, la notion de responsabilité cesse d'exister.

Or, que la responsabilité consacrée par la loi de 1895 soit vraiment exorbitante du droit commun et constitue un régime exceptionnel, cela résulte à l'évidence de ce qu'elle ordonne la réparation du préjudice causé même lorsque le dommage a sa source dans un fait totalement étranger au service de la justice.

Voici, par exemple, l'histoire du pharmacien Danval. Ce dernier est condamné en 1878 pour avoir empoisonné sa femme. La preuve du crime résulte de la présence d'arsenic dans le corps de la défunte. A cette époque les physiologistes enseignent qu'il ne peut jamais y avoir d'arsenic dans le corps humain, à l'état naturel. De toute évidence l'arsenic découvert a été absorbé par la femme Danval.

Un chimiste Armand Gautier découvre une méthode d'analyse qui permet d'arriver à une plus grande précision dans l'étude des corps composant les tissus du corps humain. A l'aide de ce procédé il peut, contrairement à l'enseignement de ses prédécesseurs, affirmer que le corps humain contient naturellement de l'arsenic. Mais, en 1906 il ne peut encore en déterminer la quantité.

La Cour de Cassation ne trouva pas à cette époque que l'affirmation générale qu'il pourrait y avoir normalement dans les tissus vivants de l'arsenic, consti-

tuait dans ce cas spécial qu'elle avait à examiner le fait nouveau qu'exige la loi pour procéder à la révision du procès.

Un second chimiste, M. Gabriel Bertrand arrive à sensibiliser jusqu'à l'extrême les méthodes classiques de la recherche de l'arsenic. Grâce à ces perfectionnements, trois spécialistes de la toxicologie MM. Rolin Abrest Paray et Sicart peuvent le 14 janvier 1921 communiquer à l'Académie des sciences cette conclusion de leurs expériences :

« Il n'y a pas lieu de tenir compte de la présence de très petites quantités d'arsenic, soit environ un milligramme pour la totalité des viscères humains. »

Or, au procès de 1878, le professeur Boins, expert réclamé par Danval, avait dit : « Nous évaluons la proportion d'arsenic que nous avons obtenue à environ un milligramme. »

Entre les découvertes de la chimie analytique et les décisions de Thémis, il y a synchronisme parfait : 1878, pas d'arsenic normal possible dans l'organisme, la justice condamne Danval. 1906, il y a normalement de l'arsenic dans le corps humain, mais on n'en connait pas la dose exacte, la justice gracie Danval. 1923, on sait quelle est la dose d'arsenic qui existe normalement dans l'organisme, or celle trouvée à l'analyse dans les viscères de Mme Danval ne la dépasse pas, on révise le procès.

Ni la justice, ni la science officielle auxiliaire de la justice, par l'intermédiaire des médecins légistes, n'ont commis de faute. Le dommage n'est pas

non plus de leur fait. C'est quelque chose comme la foudre, comme l'éclair subit et imprévu, venu d'ailleurs, une découverte due au génie, qui fait apparaître le caractère dommageable de l'intervention de la répression. Néanmoins l'Etat a la charge d'indemniser cette victime de la faiblesse de l'intelligence humaine, il s'agit vraiment d'une responsabilité bien extraordinaire. On comprend le caractère limitatif d'une telle disposition législative.

La responsabilité exceptionnelle édictée par la loi de 1898 a la charge des employeurs ne les exonère pas absolument du cas fortuit et de la force majeure. Cependant, elle écarte absolument les accidents dus aux force de la nature. La loi de 1895 n'écarte même pas les dommages qui peuvent provenir de cette source ; qu'est-ce que les imperfections de la science, la lenteur de ces progrès, si ce n'est une force de la nature ? Les travaux préparatoires décèlent cette intention du législateur d'investir l'Etat d'une véritable obligation d'assurance à l'égard des dommages de toute origine qui apparaissent à la suite d'une condamnation criminelle et dont cette dernière n'a fait qu'occasionner la naissance sans en être directement la source par son seul fait.

On comprend ainsi que le caractère limitatif de la loi de 1895 ne puisse pas servir de fondement au système juridique que nous étudions.

Et par suite, puisque le législateur lui a imprimé ce caractère à raison de sa nature exceptionnelle, il n'a en rien préjugé du droit commun. La jurispru-

dence, la législation existante, tout au moins, indépendamment de la loi de 1895, proclament elles ce principe du droit commun, à savoir l'irresponsabilité de l'Etat juge, qui s'opposerait à sa prise en charge d'une obligation de réparation dans l'espèce que nous examinons.

Troisième raison : L'irresponsabilité de l'Etat juge. Le fait est que le Conseil d'Etat a formellement énoncé cette règle en 1875. (1) Les tribunaux judiciaires n'ont ils pas encore récemment proclamé le même principe dans l'affaire Ménard contre Masson. (2)

Toutefois dans cette affaire la Cour d'appel a écarté la responsabilité de la commune, mais elle ne s'est pas prononcée sur celle de l'Etat. Répondre ici que si cette question lui avait été posée, elle l'eût tranchée par la négative, c'est sans doute soutenable. mais il reste qu'il eût fallu que cette condition se réalisat. Or il est certain que depuis longtemps les tribunaux judiciaires pas plus que les tribunaux administratifs n'ont expressément mentionné cette règle de l'irresponsabilité de l'Etat juge dans les motifs de leurs décisions. C'est déjà là un fait assez suggestif. D'autre part ce prétendu principe a-t-il vraiment survécu dans le droit positif. N'a-t-il pas perdu tout fondement sérieux depuis que ce dogme (dont il serait

(1) Voir ci-dessus, page 14, l'arrêt du 8 janvier 1875, Cie compagnie russe de navigation d'Odessa D. 1875 13.116.

(2) Arrêt de la Cours de Poitiers du 26 février 1908, ci-dessus page 36.

la conséquencc directe) de l'irresponsabilité du pouvoir souverain s'est lui-même évanoui. Il n'en subsiste plus aujourd'hui que cette idée que les décisions émanées des assemblées législatives et certains actes appelés actes du gouvernement échappent au contrôle des tribunaux, à raison de la qualité de leur auteur, ou en vertu d'un texte législatif exceptionnel. On ne retrouve plus dans la jurisprudence du Conseil d'Etat l'affirmation expresse d'une certaine souveraineté de l'Etat lui permettant d'échapper aux conséquences dommageables des actes de ses agents, mais seulement la nécessité de soumettre à un régime spécial l'obligation pour l'Etat de réparer les torts causés.

La notion de souveraineté a certainement cessé de jouer un rôle efficace dans la jurisprudence relative à la responsabflité de l'Etat. L'évolution qui s'est produite à cet égard dans les décisions du conseil d'Etat depuis le commencement du XX^{e} siècle est le fait le plus saillant qu'on puisse noter dans cette matière, M. le Doyen Duguit explique cette évolution par le changement qui a affecté la conception de l'Etat. Les actes des gouvernants auraient cessé d'être considérés comme des actes de la Puissance publique. Les gouvernants ne seraient plus considérés comme exerçant un droit subjectif de souveraineté, mais comme accomplissant une fonction sociale. De cette idée découle cette conséquence qu'il doit s'organiser un système pour garantir l'accomplissement de cette fonction. Le Conseil d'Etat a consacré cette règle que la caisse colleciive doit supporter les conséquences, à

certaines conditions, des fautes des fonctionnaires, parce qu'elle doit en assurer les risques. (Depuis l'arrêt Thomaso Greccho).

Quoi qu'il en soit de la raison psychologique ou sociologique qui rend compte de cette évolution, le fait est que la jurisprudence administrative a reconnu le principe général de la responsabilité de l'Etat, en écartant toute exceptton fondée sur la distinction des actes de gestion et des actes d'autorité et partant sur l'idée de souveraineté de la Puissance publique. Cette évolution s'est accomplie en quatre étapes :

1° Extension à des dommages causés aux immeubles quels qu'ils soient des règles relatives à la responsabilité pour les dommages causés par les travaux publics ;

2° Extension des accidents aux personnes du fait des travaux publics aux accidents survenus dans les travaux publics ;

3° Sur l'intervention de préoccupations d'ordre international, apparition de la responsabilité en matière de ce que l'on appelait acte d'autorité aux dommages causés dans la police des ports.

4° Reconnaissance intégrale du principe de la responsabilité administrative.

Il est donc certain que la notion de souveraineté a cessé, si elle n'a pas disparu, en général, de constituer une exception aux demandes en indemnité dirigée contre l'Etat.

Si la jurisprudence administrative ne proclame plus le principe de l'irresponsabilité de la Puissance Publi-

que en matière d'actes d'autorité, n'a-t-elle pas cependant organisé la responsabilité des patrimoines administratifs d'une manière qui exclut la condamnation pécuniaire de l'Etat à raison des condamnations à des dommages et intérêts prononcées contre ses agents ?

Quatrième raison. — Les fonctionnaires supportent seuls les conséquences des dommages qu'ils causent par leur faute personnelle parce que (arrêt Dugave Brannis) (1) l'article 1384 du code civil a pour objet de régler la responsabilité dont les particuliers peuvent être tenus à raison des personnes qui sont placées sous leur autorité ou surveillance, que ces dispositions son d'ordre privé et ne déterminent ni les rapports entre l'Etat et ses employés ni les conséquences juridiques que ces rapports peuvent produire entre les tiers et l'Etat. Seulement, en sens inverse l'Etat supporte seul la responsabilité imputable à ses agents à raison de leur faute de service, et même depuis une jurisprudence récente, (arrêt Lemonnier 26 juillet 1918) (2) il peut arriver que la responsabilité de la personne morale administrative se cumule avec la responsabilité de l'agent si dans la cause du dommage on trouve une faute personnelle concommittante à un fait de service. Or en matière judiciaire la caisse collective, hors le cas de révision ne sou-

(1) Ci-dessus page 29.

(2) S... 1918. 19. 3. 41, voir article de M. Fliniaux dans la Revue de Droit public 1921. N° 3 : Le Cumul, etc.

vre jamais au profit des particuliers lésés, ce n'est donc pas sur le principe du non cumul, en cas de faute personnelle, exclusif que cette pratique est fondée en dernière analyse. L'explication qui vaudrait au cas de faute personnelle, ne serait pas admissible au cas de fait de service. Dans le système de la jurisprudence administrative il y a une étroite corrélation entre les deux pièces de mécanisme.

De plus, la solution adoptée par le Conseil d'Etat s'impose-t-elle à la Cour de Cassation ? Sans doute, en principe, si cette solution est bonne, elle s'impose partout et les tribunaux judiciaires sont aussi qualifiés que les juridictions administratives pour appliquer les principes certains du droit public quand ils en ont l'occasion. Seulement, cette solution a été choisie non pas tant en vue d'un meilleur aménagement de l'institution que pour obéir à la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Nous reviendrons sur ce point. Dès maintenant il nous suffit d'invoquer que ce fait est à peu près universellement admis. Par conséquent, lorsque la règle en question cesse d'être en jeu, comme dans notre matière, il est assez risqué d'alléguer que la solution qui en découle a une portée générale.

Ainsi notre recherche aboutit à un résultat négatif (1) il n'y a aucune raison décisive et de prin-

(1) On a donné beaucoup d'autres justifications du principe en question. Par exemple celle-ci que les autres services publics trouvent chez les administrés des collaborateurs pleins de bonne

cipe qui justifie la jurisprudence actuelle relative à la question que nous étudions ; mais cette jurisprudence s'explique par la contexture de nos institutions. C'est le fait de la coexistence de deux ordres de juridictions, totalement indépendantes et respectivement souveraines qui rend compte à l'heure actuelle du droit positif.

Il est certain que le principe de l'irresponsabilité de la Puissance publique à raison des actes d'autorité tant administratifs que juridictionnels a dominé jusqu'à une certaine époque les jurisprudences judiciaires et admistratives. Les deux ordres séparés de juridiction sont restés longtemps d'accord sur cette base. Puis une évolution s'est manifestée. Le Conseil d'Etat s'est engagé dans une voie différente de celle que continuait à suivre la Cour de Cassation. Plus tard il a rejeté même la distinction des actes d'autorité et de gestion, ne laissant pour ainsi dire aucune place à la notion d'irresponsabilité, mais il poursuivait en ce faisant la même route qui l'avait primitivement écarté de la jurisprudence judiciaire. Celle-ci lors de la diver-

---

volonté ; au contraire, le service judiciaire est en présence de justiciables, plaideurs ou prévenus, qui trop souvent s'efforcent d'égarer la justice et de compliquer sa tâche. On a aussi invoqué le prestige nécessaire que soit avoir la justice : « La magistrature est un des piliers qui soutient l'édifice de la société moderne. » Nous estimons qu'il y a pas lieu de s'arrêter à ces deux arguments. En ce qui concerne le premier, qui ne voit qu'il s'agit de justifications politiques ? Pour le second, l'irresponsabilité n'engendre-t-elle pas le presiige de la force ; la responsabilité au contraire celui de la confiance ?

gence qui s'était produite de 1855 à 1873 avait dû abandonner le contentieux de la responsabilité de l'Etat; toutefois elle resta en principe compétente pour ce qui concernait le service de justice, mais depuis, cette branche du contentieux de la réparation des torts causés par l'Etat est restée fatalement en dehors de l'évolution accomplie par la jurisprudence administrative. Est-ce à dire que le contentieux judiciaire soit encore dominé par la notion de l'acte d'autorité ? Non pas, il a disparu parce que la conséquence véritable des évènements jurisprudentiels qui se sont déroulés de 1855 à 1873 a été de le faire disparaître ; en effet, d'une part le Conseil d'Etat est resté incompétent à l'égard des opérations judiciaires, la Cour de Cassation est devenue incompétente pour connaître des dommages provenant des services publics, et pour condamner l'Etat à une réparation pécuniaire à quel que titre que ce soit, si ce n'est en vertu d'un texte législatif exceptionnel. Ce contentieux a disparu parce qu'il n'y a plus de tribunaux pour en connaître. Auparavant, il y en avait, mais les tribunaux se refusaient à condamner l'autorité publique. Depuis, la règle de la séparation des autorités judiciaires et administratives a entraîné un système de responsabilité qui conduit à l'incompétence réciproque des diverses juridictions. L'Etat encourt une responsabilité pour laquelle il jouit du privilège de la juridiction administrative. Quand il n'est pas possible de recourir à cette juridiction, l'Etat cesse

d'être responsable parce qu'il n'y a pas d'autres tribunaux pour le juger en cette matière.

Comment cela s'est-il fait ?

La question des responsabilités qui peuvent être engagées vis à vis des particuliers à l'occasion de l'activité des personnes publiques est, nous l'avons dit, très complexe. Les solutions varient presque avec chaque Etat : divers intérêts sont en cause qui ne sont pas toujours conciliables entre eux ; de là des difficultés et aussi la variété des solutions possibles, suivant la préférence accordée à tel ou tel intérêt, qui penche de tel ou tel côté suivant les degrés de longitude ou de latitude, les tempéraments nationaux, les mœurs, l'histoire et qui est susceptible de revirements considérables dans un même pays d'une époque à l'autre.

Or, en France, on est parti de certaines bases qui conduisaient à tel équilibre des intérêts en présence, mais la vie sociale a muri les hommes, transformé les idées relatives à l'Etat et finalement on a modifié totalement l'équilibre primitivement arrêté.

L'individualisme du début du XIX^e^ siècle a fait place à un sentiment très prononcé de la solidarité sociale, au commencement du XX^e^ siècle.

Après que la Révolution eût proclamé qu'il fallait tenir compte de l'intérêt du particulier et posé le problème de la balance à faire entre cet intérêt et ceux du fonctionnaire et des finances publiques, c'est une solution individualiste qui d'abord a prévalu. C'était, d'une part favoriser l'individu que de le met-

tre sur un pied d'égalité avec l'Etat, en appliquant à ce dernier le principe du droit civil, l'article 1384 du code civil. C'est cette solution qu'adoptèrent respectivement la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat jusque vers 1850. C'était favoriser l'individu que de proclamer l'inviolabilité absolue de la propriété privée, fondement de la responsabilité particulièrement sanctionnée qui pouvait naitre des dommages causés par les travaux publics. Mais c'était aussi dans la logique de l'individualisme de laisser l'individu seul avec l'Etat en proclamant l'irresponsabilité de ce dernier à raison des actes d'autorité, et déclarer l'article 1384 inapplicable lorque les conditions d'exercice de leurs fonctions par les agents étaient absolument opposées aux conditious d'activité des préposés dans les rapports entre particuliers. C'est ainsi que vers 1850 et longtemps encore après, l'Etat ne fut pas reconnu responsable quand le fonctionnaire se comportait autrement que comme un simple préposé soit qu'il agit en toute indépendance, comme le juge, soit qu'il use de la Puissance Publique, dans ce qu'on appelait les actes d'administration discrétionnaire.

« Or, quelque générale que soit cette expression de préposés, elle ne comprend pas évidemment ici tous ceux qui remplissent au nom de l'Etat, à titre permanent ou temporaire une fonction publique quelconque. Sans en chercher d'autres exemples, il suffit de citer les magistrats, fonctionnaires publics assurément, mais dont les délits ou quasi-délits, tout en engageant leur propre responsabilité, n'entrai-

nerait pas celle de l'Etat en vertu de l'art. 1384. Et il devrait en être ainsi, ce nous semble, non seulement des magistrats inamovibles, mais des magistrats amovibles, tels que les juges de paix et les membres des juridictions administratives régulièrement constituées. En d'autres termes, il ne faut pas, selon nous, considérer comme préposés de l'Etat, au point de vue qui nous occupe, tous les fonctionnaires ou agents qui tiennent de lui leur investiture et leur traitement, mais ceux-là seulement qui reçoivent pour l'accomplissement de leur mission, les instructions ou les ordres du chef de l'Etat ou de ses représentants et qui sont ainsi les mandataires et les instruments du pouvoir exécutif. » Conclusions Reverchon, Cour Cassation Sirey 1874. 1. 289. (1)

(1) Dans le même sens, les attendus suivants de l'arrêt intervenu sur ces conclusions : « Attendu que les commissaires experts institués par la loi du 27 juillet 1822..... chargés de statuer sur les doutes et difficultés qui peuvent s'élever relativement à l'espèce, à l'origine ou à la qualité des produits, remplissent leur mission dans des conditions d'indépendance absolue, dès lors, en déclarant que si dans l'espèce les lenteurs apportées par des commissaires experts dans l'accomplissement de leur mission peuvent constituer une faute, elles ne sauraient être imputées à l'administration des douanes, ni engager la responsabilité de cette administration, le tribunal civil de Bordeaux n'a nullement violé l'art. 1382 du C. C... »

« Olivier préposé à l'octroi de la ville de Marseille, occupé avec Tricon sous brigadier à mettre en sûreté des objets saisis, présumant que les personnes qui l'entouraient voulaient enlever par force ces objets, tire un coup de carabine et blesse le sieur Lieutaud..... »

C. Cass. 19. 7. 1826. Octroi de Marseille c/ Lieutaud. « Attendu sur le moyen consistant à dire que la loi punit le

Tout acte de gouvernement et d'une façon plus générale tout acte émanant de la puissance publique de l'Etat ne donnait lieu à aucune responsabilité légale (1).

Mais en dehors de ce domaine sacrifié à l'irresponsabilité de la souveraineté, témoin de la survivance de l'absolutisme monarchique, transporté du roi au peuple depuis la Révolution, et maintenu par le régime impérial, la règle était l'application de l'article 1384.

Puis le Conseil d'Etat, juridiction plus impressionnable, plus sensible aux influences sociales aux transformations de la vie publique, aux changements qui se produisent dans l'esprit des institutions, se sépare brusquement de la Cour de Cassation. A propos de la responsabilité du service des Postes, elle émet des doutes sur l'application de l'art. 1384 à l'Etat; enfin le tribunal administratif proclame que la responsabilité de la personne publique est soumise à des règles spéciales, et le Tribunal des Conflits vient affirmer nettement cette rupture qui se produit avec les doctrines civilistes. Le fonctionnaire cesse d'être considéré comme un préposé de l'Etat ; d'autre part, sa responsabilité cesse

coupable d'un crime et ses complices, mais qu'on ne peut rendre une administration responsable d'un crime pour lequel elle n'a pas donné de mandat ; qu'il s'agit d'une responsabilité civile établie par la loi et qu'il suffit d'un mandat donné à un préposé pour des faits civils pour y donner ouverture... »

(1) Conseil d'Etat 26 avril 1855. Aff. Penhoat, D. P. 1855 3. 63.

d'être aussi individuelle ; elle vient se revêtir d'un caractère collectif ; la responsabilité directe du service public apparait. Avec la notion de l'égalité devant les charges publiques; nous pénétrons dans un monde nouveau ; la solidarité sociale, conséquence de l'évolution démocratique. dicte une nouvelle conception de l'équilibre à réaliser entre les intérêts en présence.

C'est véritablement un nouveau fondement juridique de la responsabilité de la puissance publique qui apparaît ; le principe de l'égalité des charges. Il était implicitement contenu dans les doctrines révolutionnaires ; mais des réactions prérévolutionnaires l'avaient momentanément écarté de la scène. Le Conseil d'Etat, le tribunal des conflits à la fin du XIXe siècle s'inspirent de plus en plus de cette idée que tous les citoyens doivent également participer aux charges des services publics.

Historiquement, il est facile d'établir qu'il est conforme à l'évolution de la législation et de l'activité étatique de comprendre la réparation des dommages parmi les charges normales des services publics. En proclamant le principe de l'égalité des charges, la Révolution instaurait un état de droit qui différait fort de celui qui l'avait précédé. Sous l'ancien régime en effet, le système des classes et le jeu des privilèges répartissait sans justice entre les sujets du roi aussi bien le poids de l'impôt que les charges militaires, les corvées, les prestations, les dommages causés par les travaux publics. Ces irrégularités apparurent d'au-

tant plus choquantes lorsque le pouvoir royal eut systématiquement restreint, puis supprimé le rôle politique et social des classes privilégiées dont les services avaient pu à l'origine, justifier les faveurs et les avantages.

Les assemblées révolutionnaires, organes de la force désormais passée aux mains du peuple, affirmèrent le principe de l'égalité politique des citoyens avec, pour corollaire, celui de l'égalité des charges ; elles établirent donc, en premières lignes, la répartition égale entre tous les citoyens de la plus lourde des charges : celle de l'impôt, mais elles aperçurent tout de suite, que la conséquence logique de cette réforme était la répartition identique des charges supplémentaires, c'est-à-dire des dommages occasionnés par les services publics. Parmi ces dommages on songea tout d'abord à ceux dont la réparation présentait au plus haut degré un caractère d'urgence, à ceux dont l'ancien régime avait laissé un souvenir particulièrement inique et vexatoire, à savoir les dommages causés par les expropriations et par les travaux publics. Les Etats généraux s'étaient très vivement élevés contre les pratiques de l'administration royale qui se saisissait, le plus souvent sans compensation pécuniaire des propriétés privées. La Déclaration des droits de l'homme, puis le Code civil édictèrent la nécéssité absolue d'une juste indemnité, préalable à toute expropriation et ces dispositions ont donné naissance à toute une législation, d'ailleurs demeurée spéciale, dans sa précision rigoureuse, car son application fut confiée, par excep-

tion à l'autorité judiciaire, et sa portée strictement limitée.

La loi des 7-11 septembre 1790, puis la loi du 28 pluviose an VIII, posèrent, d'autre part, le principe des indemnités pour dommages occasionnés par les travaux publics. Sur cette base, la jurisprudence administrative a édifié une théorie de la responsabilité de la puissance publique qui lui est propre et c'est cette théorie qu'il convient, croyons-nous, d'étendre dans une large mesure, à tous les dommages causés par les autres services publics. On s'explique parfaitement, en effet, que le législateur de la période révolutionnafre se soit borné à mentionner les dommages occasionnés par les travaux publics ou par l'expropriation comme devant figurer, parmi les charges qui incombent au patrimoine administratif : à cette époque, les travaux publics constituaient, avec l'expropriation, non seulement la source la plus importante, mais à vrai dire la seule source des dommages causés par l'Etat aux particuliers, si l'on considère que les autres services publics étaient loin d'avoir pris l'extension que nous leur connaissons aujourd'hui. D'autre part, au sortir de l'anarchie révolutionnaire, les citoyens acceptaient plus facilement le sacrifice de leurs intérêts personnels à l'œuvre d'un gouvernement qui travaillait à la reconstitution de l'ordre social. Enfin, récents propriétaires du sol, ils se contentaient d'une législation qui assurait, dans la plupart des cas, la protection de la propriété immobilière. Mais, par la suite, la distinction des droits de l'indi-

vidu et de ceux de la puissance publique ne tarda pas à se préciser. De plus en plus on sentit la nécessité de développer les conséquences logiques du principe de l'égalité des charges parallèlement aux situations sociales nouvelles, suivant la voix tracée par le législateur de l'an VIII. Ces tendances se heurtèrent aussitôt à un obstacle d'ordre juridique et surtout politique. Comme nous l'avons vu, au lendemain de la Révolution, les gouvernements autoritaires avaient réussi, avec l'aide des jurisconsultes officiels, à revêtir la souveraineté populaire dont ils n'étaient que les organes, de l'infaillibilité et de l'irresponsabilité qui caractérisaient l'ancienne souveraineté royale.

Armés de la procédure du conflit, ils déssaisirent les tribunaux judiciaires, disposés à soumettre l'Etat au droit commun des instances dirigées contre lui par les particuliers lésés, et le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique s'affirma dans notre droit public. Cependant, lorsque sous la pression de l'opinion qui réclamait pour les litiges entre l'Etat et les citoyens un juge impartial, la juridiction et la procédure administratives se furent transformées au point de donner aux justiciables les garanties auxquelles ils avaient droit, le champ de la responsabilité de l'Etat s'élargit progressivement. Conformément à l'évolution originelle ; la jurisprudence l'étendit d'abord à certains dommages causés par les services publics aux immeubles, notamment à ceux résultant du voisinage d'établissements dangereux comme les poudreries, puis aux dommages

causés aux personnes. Des textes législatifs intervinrent, d'autre part soit pour préciser, soit pour limiter la responsabilité du patrimoine administratif dans des cas spéciaux ; c'est ainsi que les réquisitions militaires, les dommages causés par les services des postes et télégraphes, les servitudes de halage, les servitudes d'appui des lignes télégraphiques et téléphoniques, les dommages causés par le services des douanes, des contributions indirectes, donnèrent lieu à des indemnités soumises à des règles particulières. La jurisprudence, loin d'interpréter ces textes comme de nature à exclure la responsabilité dans le fonctionnement des autres services, s'attacha, au contraire, à étendre les conséquences du principe de l'égalité devant les charges publiques à mesure que l'importance des services s'accroissait et que l'activité étatique s'affirmait plus intense : on imagina alors, en vue de limiter plus étroitement le principe d'irresponsabilité, l'antithèse de la puissance publique et de la gestion administrative.

Mais une longue pratique jurisprudentielle mit peu à peu en évidence le mélange intime dans la vie administrative du commandement et de la gestion. Progressivement et fatalement le cercle de l'irresponsabilité se rétrécit.

A l'heure actuelle il est conforme à l'évolution sociale et juridique de comprendre les dommages occasionnés par les divers services publics au nom-

bre des charges qui doivent être réparties entre tous les citoyens à raison de leurs facultés.

Il y a encore cependant un domaine où cette règle de l'égalité devant les charges publiques n'a pu s'acclimater. C'est celui de la responsabilité de l'Etat juge. C'est uniquement à l'heure actuelle parce qu'il y a deux ordres de juridiction séparées, une juridiction administrative toute compétente pour connaître de la responsabilité de l'Etat en général, à raison des règles particulières qui la régissent, une juridiction judiciaire qui ne peut condamner l'Etat à réparation que lorsque la loi lui en donne le pouvoir (1) que les condamnations pécuniaires contre les agents de l'ordre judiciaire, que les dommages causés par leur faute

(1) Arrêt de Divonne du 20 mai 1882, au D. 83. III 115 :

« Que si quelques lois spéciales, très peu nombreuses, ont pour des cas particuliers et à l'égard de certains services publics nommément désignés, édicté en termes exprès la responsabilité civile de l'Etat et la compétence des tribunaux ordinaires, ces dispositions légales ne se comprendraient pas, si d'une manière générale et absolue cette responsabilité était engagée dans les termes du droit commun.

» Le tribunal n'a pu méconnaitre la régle consacrée par de nombreuses décisions et notamment par celle du premier tribunal des conflits du 20 mai 1850 et par celles plus récentes du nouveau tribunal des conflits du 8 février 1773, règle de laquelle il résulte que la demande en dommages-intérêts prise en elle-méme ne peut appartenir en principe à la juridiction ordinaire. Cette règle s'applique même aux actions dirigées contre les agents de l'Etat. Il faut, pour qu'il y ait exception à cette règle que les actions aient été placées dans le domaine de l'autorité judiciaire par quelque texte spécial. »

sont considérés comme absolument insusceptibles de mettre en cause la caisse collective.

C'est ce qui explique qu'une intervention législative soit nécessaire. Il est possible dorénavant d'indiquer les principes qui doivent normalement guider la législation réformatrice, et d'apprécier la véritable valeur du système proposé.

CHAPITRE II

La Réforme possible

§ I. — Observations préliminaires

Nous avons vu quelle réponse, négative, le droit positif actuel fournit à la question que nous nous sommes posée dans ce modeste ouvrage. Nous avons vu quel était, l'esprit qui inspirait à la jurisprudence cette réponse. Ainsi nous avons sur l'ordonnancement juridique qu'il s'agit de modifier des éclaircissements suffisants pour poursuivre notre recherche, apprécier les réformes proposées, et indiquer celle qui doit être préférée.

Le passé de nos institutions juridiques commande impérieusement leur avenir. Le législateur n'opère pas sur une table rase. Une réforme n'a d'efficacité que si elle procède d'une connaissance avertie de ce qui existe au moment de son élaboration, et si au lieu de réaliser une idée pure, elle s'inquiète d'insérer dans les constructions juridiques actuelles la pièce nouvelle, peut-être très humble, très minime qui suffira à déterminer une orientation nouvelle de la machine et à combler certaines insuffisances de son

moteur. Tout a été dit à ce sujet dans l'excellent livre de M. Cruet : la vie du droit et l'impuissance des lois.

S'agissant d'élargir peu la responsabilité de la collectivité publique, veillons donc à respecter les lignes générales du système actuel de cette responsabilité. Examinons maintenant quelles sont les données essentielles du problème à résoudre.

Dans la matière des dommages causés aux particuliers par le service de la justice, en général, quels sont les intérêts en présence ?

Le premier de ces intérêts, (et c'est lui qui paraît actuellement être surtout pris en considération en France, comme dans la plupart des Etats modernes,) est celui du particulier à obtenir réparation du dommage qui lui a été causé. Cet intérêt exerce son influence à la fois sur la portée du droit à l'indemnité et sur la désignation du titulaire de la responsabilité.

La préférence donnée à l'intérêt du particulier conduit à reconnaître à ce dernier un large droit à indemnité. On est alors tenté d'étendre d'une manière considérable les responsabilités. L'idée dominante est en effet de n'imposer aucune charge injuste, exagérée à tel individu qui violerait le principe d'égalité. C'est, en effet, la conception que l'on se fait actuellement de l'Etat qui met au premier plan cette notion. Mais alors on ne peut plus restreindre l'obligation de réparation au cas où une faute a été commise par un fonctionnaire, même au cas où le service seul a mal fonctionné. On est obligé d'aller jusqu'à faire retom-

ber sur la caisse collective le poids des risques, des cas fortuits, qui rendent plus lourdes pour certains les charges des services publics.

Quant au titulaire de la responsabilité l'intérêt du particulier postule que ce titulaire soit la personne publique. C'est, en effet, le seul moyen d'assurer toujours à l'individu une indemnisation effective. Deux responsabilités étant possibles, celle du fonctionnaire, celle de la personne publique, il faut évidemment préférer la seconde qui retombera toujours sur un patrimoine perpétuellement solvables en principe.

Il en est tout différemment si l'on place l'intérêt du particulier au second plan et si l'on tient compte des autres intérêts en présence.

On a d'abord une tendance à restreindre le droit à indemnité du particulier et le principal argument invoqué ici c'est l'intérêt des finances publiques. En réalité, il s'agit de savoir s'il est toujours équitable d'appeler l'ensemble des contribuables à supporter pour en décharger l'un d'entre eux, les conséquences dommageables d'un acte de l'autorité. Il faut examiner si cet acte des agents de l'Etat est intervenu dans l'intérêt de tous, ou seulement dans l'intérêt de la victime des conséquences dommageables de cet acte et sur l'initiative, à la suite d'une demande expresse de ce dernier. Il sera parfois très difficile de faire la lumière sur ce point. On peut cependant, au préalable faire une certaine classification au moins approximative des services publics, et distinguer ceux qui ne profitent qu'à quelques-uns, qui ne visent

jamais que des intérêts individuels et ceux qui ont, au contraire, nettement une destination d'utilité publique.

De plus, est-il toujours bon, peut-on se demander, de laisser seule en présence du particulier lésé, la personne publique ? Des considérations tirées de l'intérêt des services publics portent à exclure la responsabilité des personnes publiques pour exiger la responsabilité personnelle du fonctionnaire.

Cette dernière responsabilité serait utile, nécessaire même ; pour assurer, à titre de sanction, le bon fonctionnement des services. Celle de la personne publique ne pourrait pas procurer ce résultat.

En effet, la mise en jeu d'une responsabilité civile n'atteint pas en fait qu'un but réparatif. Elle produit aussi des effets répressifs. Sans doute, le droit moderne distingue nettement les moyens répressifs des moyens réparatifs comme sanctions du droit (1).

Mais cependant, malgré tout, par la nature même des choses, le fait d'être tenu éventuellement à payer une indemnité détermine une intimidation qui, pratiquement, réalise l'effet préventif du procédé répressif. La peur du gendarme n'est-elle pas le commencement de la sagesse ?

Cependant la prise en considération de l'intérêt du service public n'entraîne cette solution de la responsabilité personnelle du fonctionnaire que d'une manière relative.

(1) Voir Durckheim. De la division du travail social. La distinction entre le droit répressif et le droit distributif.

On peut imaginer des procédés qui procurent cet effet repressif. Rien n'empêche, en organisant cette responsabilité personnelle, à titre principal ; d'y ajouter celle subsidiaire de l'Etat. On peut aussi proclamer la responsabilité directe de l'Etat, mais réserver un recours au profit de ce dernier contre le fonctionnaire.

Nous laissons de côté un autre aspect du problème : l'intérêt du service public exige que l'on établisse des procédures exceptionnelles pour la mise en jeu de la responsabilité personnelle du fonctionnaire. L'indépendance des magistrats a besoin d'être sauvegardée avec un soin jaloux, et ce serait incompatible avec les exigences de leur mission que de les abandonner à toutes les occasions de procès personnels qui pourraient leur survenir à eux plus qu'à tout autre.

Mais ce côté de la question est en dehors de notre étude. Nous nous sommes limités ici à ce qui est relatif à la responsabilité de l'Etat, envisagé d'ailleurs aussi sous un angle spécial. (1)

§ II. — Solution Théorique.

Lorsqu'on se place en présence de ce qui existe actuellement en France, et qu'on examine en même

(1) Sur la responsabilité personnelle des magistrats, voir particulièrement le remarquable rapport de M. Morizot Thibault à l'Académie des sciences morales et politiques. Bulletin de l'ac. des S.M. et P. année 1915, Tome II.

temps spécialement le service de la justice, on aperçoit immédiatement les données générales suivantes qui dictent la solution du problème.

Dans les services publics, en général, le titulaire de la responsabilité est aussi bien l'Etat que le fonctionnaire, mais jamais l'Etat n'intervient en qualité de commettant, à proprement parler. Il s'agit de deux responsabilités directes.

L'Etat est responsable du fonctionnement défectueux du service. L'Etat, ne commet pas de faute. Seuls, les fonctionnaires en commettent, mais ces derniers ne sont pas toujours exposés à encourir une responsabilité personnelle. parce que leur faute n'est pas toujours susceptible d'être individualisée. Néanmoins, sauf dans la matière spéciale des travaux publics, la jurisprudence du Conseil d'Etat exige pour condamner l'Etat, que l'on prouve qu'une faute à été commise, que le service public à mal fonctionné sans qu'on puisse imputer à quiconque une responsabilité nominale.

Sans doute, au lendemain de la guerre, en présence des dommages énormes qu'avait occasionné l'explosion des forts et poudreries, le Conseil d'Etat a semblé vouloir s'engager dans une conception beaucoup plus large de la responsabilité de l'Etat. Dans l'arrêt Regnault Desroziers, le haut tribunal administratif a proclamé que l'accident était de nature à engager « indépendamment de toute faute », la responsabilité de l'Etat. Mais dans un arrêt plus récent, l'arrêt Colas du 5 mai 1920, il s'est abstenu de proclamer à

nouveau formellement que l'on devait écarter l'idée de faute, et ceci dénote son intention que M. le commissaire du gouvernement Comeille a relevé avec soin dans ses conclusions, à savoir de ne conclure néanmoins à la responsabilité qu'à une condition très restrictive. Cette condition, la voici : il faut que le service lui-même soit coupable, si l'on peut dire de la création d'un risque, et non pas d'un risque quelconque, mais d'un risque véritablement exceptionnel. Il faut donc que quelque chose d'anormal soit imputable au service lui-même. N'est-ce pas d'une faute collective sans doute, anonyme, partagée en fait par une multitude de fonctionnaires qu'il s'agit ?

Quant au fonctionnaire, il répond et il répond seul de sa faute personnelle.

Dans l'arrêt Pelletier apparaît cette distinction entre les fautes commises dans l'exercice de la fonction et qui ne se détachent pas de la fonction, et les autres.

Or, il est impossible d'éclairer cette distinction à l'aide de la pure logique. En effet, tout fait personnel peut être également fait de service. Au point de vue du fond, aux yeux de la morale, toute faute est répréhensible. Il reste qu'au point de vue juridique on a peut-être voulu limiter la responsabilité du fonctionnaire, comment alors expliquer cette distinction ?

Plusieurs critériums ont été proposés : 1° Cette distinction ne doit pas être faite d'après la gravité de la faute, car la théorie civiliste de la culpa levissima, levis et lata, est propre aux contrats et est inutilisable

ici. On ne se trouve pas en présence de rapports contractuels à régler. 2° Elle ne doit pas reposer sur la distinction entre l'organe et le préposé de la Personne morale, car la Personne morale, en cas de faute, cesse de se confondre avec son organe. Cette dernière objection peut, à la rigueur, être exacte ; mais il reste alors que la distinction n'est pas pratique en fait et n'est d'ailleurs pas adoptée par la jurisprudence administrative.

En réalité, il s'agit moins de limiter la responsabilité de l'agent que de respecter le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. C'est donc sur l'idée de fait détachable de la fonction que repose la distinction car la responsabilité des fonctionnaires étant laissée à l'appréciation des tribunaux judiciaires, il ne faut pas que ces derniers aient à connaître d'une opération administrative.

Ainsi deux questions se posent successivement :

I. Le fait est-il fonctionnel ou non? (1) la faute est-elle fonctionnelle c'est-à-dire dépendante du mauvais fonctionnement du service en général ou personnelle c'est-à-dire subordonnée à la maladresse individuelle d'un agent, à un excès de zèle dangereux, à de la griserie professionnelle par exemple? Les tribunaux judiciaires examinent objectivement le fait ; s'il est fonctionnel, le Tribunal des conflits est saisi. Ce dernier

(1) Lire à ce sujet la remarquable thèse de M. de Nesmes, sur la responsabilité des fonctionnaires et particulièrement le chapitre sur les responsabilités des magistrats.

examine si dans ce fait fonctionnel il y a une circonstance détachable de la fonction, révélant une faute personnelle du fonctionnaire, et s'il y a lieu il renvoie l'affaire aux tribunaux judiciaires.

Ainsi, cette distinction administrative repose sur le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Ce même principe joue le rôle que nous avons vu dans la question de la responsabilité de l'Etat juge. Ce rôle n'est pas tout à fait le même ici que pour les autres services publics. Mais au fond, il procède du même principe fondamental. S'agissant du service de la justice, dans le fait fonctionnel, il n'y a pas l'opération administrative échappant à la compétence du tribunal civil ; c'est au contraire d'une opération judiciaire qu'il s'agit, et c'est le Conseil d'Etat qui devient incompétent. Seulement, lorsqu'on proclame l'inaptitude du judiciaire à connaître d'une opération administrative dans la matière de la responsabilité, ce n'est pas le respect de l'autorité administrative qu'il s'agit d'assurer. Que le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que les tribunaux judiciaires apprécient la légalité des actes administratifs à l'effet de les annuler ou de les réformer, rien de plus logique, rien de plus juste, parce qu'alors le juge se transformerait en administrateur, mais que ce même principe mette obstacle aussi à ce que les tribunaux judiciaires puissent apprécier la légalité de ces mêmes actes de puissance publique quand ils ont reçu leur exécution à l'effet de con-

damner la puissance morale à une réparation pécuniaire, cela au contraire est inadmissible car alors le juge ne sort pas de sa mission naturelle qui est de juger et ce n'est nullement administrer que de statuer sur le degré de responsabilité de l'administration.

On a voulu simplement réserver à une juridiction imprégnée de l'esprit administratif le soin de déterminer les limites de la responsabilité de l'Etat. C'est pourquoi on a dit que la responsabilité de l'Etat n'est pas régie par les principes du droit commun (arrêt Blanco) d'où on a conclu à tort que les tribunaux judiciaires, qui ne sont censés connaître que le droit commun, étaient incompétents pour apprécier cette responsabilité comme si les tribunaux judiciaires ne devaient pas connaître tout le droit ; comme si le juge, de par ses fonctions, ne devait pas être un juriste complet.

Quoi qu'il en soit, ce raisonnement défectueux a entraîné la conséquence que nous savons en matière de responsabilité du service de justice. D'autre part, il est la seule raison d'être du partage de la responsabilité entre le fonctionnaire et l'Etat en matière de services administratifs. C'est la cause principale de la règle du non cumul de cette responsabilité, règle dont on a senti les bases précaires et que l'évolution récente de la jurisprudence administrative bat fortement en brèche.

Il faut donc admettre que les tribunaux judiciaires seront compétents pour connaître non seulement de

la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire mais aussi de la responsabilité de l'Etat juge. Seulement partant de cette idée qu'ils n'ont aucune compétence pour appliquer les principes du droit public, partant aussi de cette constatation que les principes, pour les raisons indiquées, ne sont pas très logiques, le législateur a entrepris par des réformes successives d'élaborer des principes spéciaux, propres au service de la justice.

C'est ainsi que dans ces hypothèses particulières, s'agissant de répression pénale, il a organisé une responsabilité extrêmement large, une sorte d'assurance par l'Etat des cas fortuits, de la force majeure même, avec la révision. C'est ainsi qu'il s'apprête à organiser une responsabilité générale applicable à toute l'activité du service de la justice, mais restreinte encore au cas de condamnation du fonctionnaire, laissant ainsi en dehors de toute sanction la faute collective anonyme du service ou la faute légère du fonctionnaire.

II. — Quelles sont les conditions propres au service de la justice qui dictent des éléments d'une solution plus satisfaisante ?

Si nous avions à résoudre le problème d'ensemble de la responsabilité de l'Etat juge, nous aurions à examiner en détail les différents aspects de l'activité juridictionnelle, à différencier les divers fonctionnaires qui, du haut en bas de l'échelle, concourent à l'administration de la justice.

Nous nous limiterons à la question particulière que nous étudions. Il s'agit de savoir uniquement comment organiser la responsabilité de l'Etat à propos de la faute d'un magistrat engageant la responsabilité de ce dernier.

Divers systèmes ont été proposés.

M. Le Poittevin a proposé pour définir la faute du magistrat engageant soit sa responsabilité soit celle de l'Etat, soit les deux, de partir de la notion d'illégalité.

C'est pour sanctionner les violations flagrantes des lois protectrices de la liberté individuelle que l'on veut faire reconnaître la responsabilité civile au cas d'illégalité. Seulement il n'y a pas forcément une faute dans toute illégalité.

Une illégalité peut être la conséquence d'une erreur inconsciente sur un fait, ou d'une erreur d'interprétation de la loi. En sens inverse on peut très bien commettre une faute à l'abri de la légalité.

L'illégalité en effet telle que la concevait M. Le Poittevin, c'est tout acte accompli en dehors des cas, sans les formes ou au delà du délai prescrit par la loi, ou contrairement au but indiqué. L'erreur de fait, le mensonge commis pour motiver une décision, n'entre toujours pas dans cette conception. Puis il reste qu'une illégalité peut intervenir sans que l'on puisse relever une faute. Enfin, il restera toujours en dehors de cette responsabilité ainsi restreinte les actes injustifiés, ceux que le magistrat a le droit d'accomplir, mais qui ne sont pas justifiés par les circonstances qui sont inopportunes, qui procèdent d'une mauvaise

intention : l'usage abusif, par exemple, de la détention préventive par un juge d'instruction.

M. Larnaude avait proposé une distinction basée sur la gravité de la faute.

Le magistrat n'aurait répondu que de sa faute, lourde. Ceci est plus logique. Il est normal de vouloir créer une protection légale au profit des fonctionnaires d'un certain ordre, à raison de la nature particulière de la fonction exercée, seulement si on entre dans cette voie, il faut aller jusqu'au bout, et on ne peut pas se dispenser de créer un système de responsabilité multiforme suivant les actes accomplis et les fonctionnaires de qui ils émanent.

Par exemple, en ce qui concerne la juridiction pénale, on voit qu'en fait la responsabilité en général a bien plutôt sa source dans une faute de l'instruction préparatoire que dans l'exercice même de la fonction juridictionnelle, dans l'acte juridictionnel lui-même. La solution de cette question de droit qui est le but visé directement, n'est pas susceptible à priori d'entraîner une responsabilité. Il y a un lien indissoluble entre la constatation et la décision dans le jugement. Ce caractère rigoureusement logique de l'opération empêche que la décision puisse faire grief parce que personne ne peut dire que la solution devait être autre logiquement. Il n'est pas possible au premier abord de trouver dans l'acte juridictionnel l'élément d'une violation de la règle objective de la responsabilité. Ce n'est que d'après la procédure préparatoire qu' une responsabilité pourra apparaître à la charge

de l'autorité qui a la responsabilité de cette opération.

Il poura arriver que le juge n'aura pas eu pour but, dans l'acte juridictionnel, de procurer une solution à la question de droit. Mais il sera alors nécessaire de prouver l'intention frauduleuse ou la faute lourde professionnelle, qui aura empêché d'atteindre le but visé. En dehors de cela il ne peut y avoir de faute dans la solution de la question de droit, parce que personne ne peut dire, si ce n'est le juge lui-même, que la solution en aurait dû être différente.

Lorsqu'il y a faute du magistrat, la décision n'apparaît plus comme la conséquence logique d'une constatation, le lien logique indissoluble se dissocie et l'acte juridictionnel se résout en faits matériels dommageables, entraînant l'obligation à réparation.

Seulement il faut encore distinguer suivant que le juge a tranché une question de droit dans laquelle seuls des particuliers étaient intéressés, et dans leur seul intérêt, sur leur libre initiative. Seules les parties avaient qualité pour saisir le juge ; elles ont d'avance accepté la décision. Il s'est produit une sorte de contrat judiciaire, de compromis ; les plaideurs sont des usagers d'un service qui, à la suite d'une demande spéciale qu'ils ont faite, a fonctionné exclusivement à leur profit : si le juge commet une faute, ce dernier est évidemment responsable à leur égard ; mais comme les particuliers auraient pu choisir un autre arbitre, il n'est pas juste que la collectivité intervienne. Il importe en effet de remar-

quer que le service de la justice n'est pas dans son intégralité un service monopolisé.

Au contraire, lorsque le juge n'a pas été saisi par les particuliers, ou bien n'a pas été saisi exclusivement dans leur intérêt, et qu'il n'a pas à trancher seulement une question de droit subjectif, mais une question de droit objectif, dans l'intérêt aussi de la collectivité, si le particulier a lieu de se plaindre du magistrat, il n'est pas juste que ce dernier reste seul responsable : il est nécessaire de faire intervenir la collectivité.

C'est, qu'en effet, la distinction de la faute personnelle et du fait de service, et la règle du non cumul qui dominent la théorie administrative de la responsabilité s'explique par la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires, et la notion d'opération administrative. Or, du moment que l'on admet que la responsabilité de l'Etat juge peut être appréciée par les tribunaux judiciaires, il n'y a plus de raison de tenir compte de la règle en question, il n'y a donc pas lieu à distinguer la faute personnelle et la faute fonctionnelle ou le fait de service dans notre matière.

Cette discrimination que nous avons dû faire au sein des actes juridictionnels aboutit à deux règles fondamentales : d'abord il ne faut pas décréter la responsabilité indéfinie du magistrat, elle doit être limitée pour lui assurer une plus grande indépendance dans l'accomplissement de sa mission ; d'autre part, il ne faut faire intervenir la caisse collective

que lorsque le principe de l'égalité devant les charges publiques est en jeu ; s'agissant d'actes non juridictionnels les mêmes principes vont s'appliquer.

Déjà il y a dans la jurisprudence des décisions qui dénotent que cette discrimination et que le principe qui chez nous l'inspire est bien dans l'esprit de nos institutions actuelles.

Rappelons l'arrêt de la cour de Poitiers du 26 février 1908, dans l'affaire Ménard contre Lasson, maire de Saint-Symphorien. La Cour a mis l'administration hors de cause et laissé le maire seul en présence du particulier lésé. Dans une note remarquable sur cet arrêt, M. Mestre propose une explication lumineuse de cette décision.

Le maire, officier de l'état civil est un agent administratif. Tous les services administratifs tendent à la satisfaction de l'intérêt public : par exemple, le service de la voirie sert au public entier pour une circulation commode et facile. Le service de l'instruction publique sert à la culture générale ; le service de la Défense Nationale, à la sécurité publique etc... Ces services ne tendent à réaliser les droits des individus que quand :

1· le particulier a manifesté par un acte de volonté d'user du service.

2· Lorsque le service a mal fonctionné.

Le service de l'état civil a au contraire pour but la sauvegarde des droits privés ; il tend uniquement à la constatation et à la sauvegarde des droits privés des particuliers. Il rentre dans le service de justice dont

la fonction générale est de dire le droit, et qui remplit cette mission de deux manières différentes : par voie de juridiction, en cas de litige ; en dehors de tout litige, par les actes des notaires, par exemple, ou des officiers de l'état civil. Il y a une étroite relation entre la partie contentieuse et la partie non contentieuse. Les maires, en tant qu'officiers de l'état civil relèvent du pouvoir judiciaire ; ils sont des fonctionnaires de l'ordre judiciaire. Notons en passant qu'ils ne sont pas protégés par la prise à partie, de même d'ailleurs que les officiers ministériels, qu'ils sont sur le même pied que les particuliers : c'est qu'il ne s'agit pas d'un service fonctionnant dans l'intérêt public, dont tout le monde doit également supporter les charges.

« Ne serait-il pas injuste de faire supporter à l'Etat, c'est à dire à tous les contribuables les conséquences du fonctionnement dommageable d'un service dont la destination est si fort individualisée? »

Nous devons faire cette réserve à cette proposition de M. Mestre, que tout le service de justice ne fonctionne pas dans des conditions toujours identiques, et que tantôt l'intérêt des parties seul est en cause parce qu'il s'agit d'une question de droit subjectif, tantôt la collectivité est intéressée parce qu'il s'agit d'une question de droit objectif. Il est préférable de choisir comme critérium de la distinction proposée, la nature du litige suivant son caractère d'intérêt privé ou d'intérêt public, plutôt que de baser plus commodément d'ailleurs, mais plus arbitrairement

aussi, la classification nécessaire suivant la nature répressive ou civile du contentieux. Ce qui est vrai de l'acte juridictionnel, est vrai aussi de l'acte non juridictionnel.

D'ailleurs on peut hésiter dans l'exemple que nous avons choisi, à se prononcer en faveur de l'irresponsabilité de l'Etat à raison du caractère purement privé de l'intérêt en jeu. Ce service de l'Etat civil ne présente-t-il pas aussi un intérêt public, pour la conscription, le service de la Défense nationale, par exemple. On trouve une trace de cette hésitation possible dans la note si substantielle de M. Mestre.

« Il faut reconnaitre d'ailleurs que si cette solution est théoriquement irréprochable, elle présente de graves inconvénients pratiques au point de vue de la sauvegarde des droits des particuliers. Reconnaissons-le, l'officier de l'état civil offre à cet égard peu de garanties. Des précautions minutieuses ont été prises vis-à-vis des notaires, des conservateurs des hypothèques, dont les fonctions sont relatives aux droits patrimoniaux ; leur nomination est entourée de garanties ; un cautionnement est exigé d'eux. L'officier de l'état civil, au contraire. chargé de la rédaction et de la conservation des actes les plus graves relatifs à notre personne est nommé souvent sans discernement ; il peut même être illettré ; le plus souvent sa fortune personnelle et par conséquent la garantie qu'il offrira en cas de responsabilité sera très modeste : c'est à dire que, d'ordinaire, les parties gravement lésées par ses négligences, ou ses fautes se heurteront à son

insolvabilité. Il faut reconnaitre que la théorie administrative est plus avantageuse pour les particuliers puisque, au moins dans le cas de faute de service, elle place en face d'eux un patrimoine par définition toujours solvable : celui des personnes administratives. »

Il y aurait bien un moyen de remédier à cette situation fâcheuse par une sorte de coup d'état juridique ; ce serait d'étendre législativement aux maires la règle posée au sujet des instituteurs par la loi du 20 juillet 1899 qui substitue la responsabilité de l'Etat à la leur pour l'application de l'article 1384. Cette loi se fonde sur l'absence d'équivalence entre le patrimoine des instituteurs et les dommages intérêts considérables dus à raison d'actes de leurs élèves et dont la menace pesait sans cesse sur leur tête. De même, il n'y a pas d'équivalence entre le patrimoine personnel des officiers de l'état civil et les dommages intérêts, qu'ils peuvent encourir. Dans l'espèce ci-dessus rapportée, si l'adoptant n'avait pas pris soin de rédiger son testament, c'était la succession toute entière, plusieurs centaines de mille francs qui échappait à l'adopté par la faute de l'officier de l'état civil.

Ajoutons que pour les motifs invoqués plus haut, il nous paraît inexact juridiquement d'assimiler au service administratif de l'enseignement le service quasi-judiciaire de l'état-civil.

Ainsi nous en sommes arrivés aux conclusions suivantes : 1° Il ne faut pas appliquer à tous les fonctionnaires de l'ordre judiciaire le droit commun de l'article 1382.

2° S'agissant exclusivement de la responsabilité de l'Etat à raison de la faute du magistrat sanctionné civilement, il ne faut pas reconnaître dans tous les cas l'obligation de réparer à la charge de la caisse publique, mais seulement quelle que soit la nature de l'acte, qu'il soit ou non juridictionnel lorsque le service a fonctionné dans l'intérêt public.

Reste maintenant à régler la procédure de mise en cause de l'Etat ; deux solutions différentes s'offrent à l'esprit. On poursuivra le magistrat afin de constater sa faute, mais en même temps l'Etat, et c'est ce dernier qui sera exclusivement condamné à des dommages et intérêts. Ou bien on poursuivra le magistrat afin, non seulement de constater sa faute, mais aussi de l'obliger personnellement à réparer, mais l'Etat sera solidairement ou subsidiairement obligé de donner satisfaction à la victime. Dans les deux cas, on peut se demander enfin s'il y a lieu de prévoir et d'organiser un recours de l'Etat contre le magistrat.

On comprend le gros intérêt pratique qu'il y a à adopter l'une ou l'autre solution, surtout pour ce qui est du fonctionnaire. Mais il y a aussi un gros intérêt théorique à choisir l'une ou l'autre solution.

Si l'on préfère la seconde, on respecte l'organisation actuelle de la responsabilité personnelle des fonctionnaires de l'ordre judiciaire ; responsabilité limitée au sein de la prise à partie pour la grande majorité, responsabilité du droit commun dans certains cas. D'ailleurs lorsqu'on appliquera l'article 1382 au fonctionnaire, c'est parce qu'il sera intervenu à

titre privé, à l'occasion d'intérêts privés, par exemple, le notaire, l'officier d'état-civil, et nous avons indiqué que dans ce cas l'Etat ne peut généralement pas être appelé à la réparation. Mais, d'autre part, en faisant intervenir la Personne morale publique au nom de l'article 1384, on se met en contradiction avec toute l'évolution du droit public moderne ; la responsabilité administrative s'est affranchie des règles du code civil pour permettre un large et fécond développement au principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques.

Sans doute pour des raisons de compétence et de procédure la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est basée sur la fameuse règle du non cumul, mais elle abandonne de nos jours cette position. Toutefois ce revirement récent ne doit pas être interprété comme un retour au principe civiliste de l'article 1384. C'est un perfectionnement apporté à l'application de la règle de l'égalité des charges. Les idées de commettant et de préposé, d'organe de la Personne morale, n'ont croyons-nous, rien à faire dans cette nouvelle tendance. Il y a simplement un affinement remarquable et d'ailleurs profondément équitable de l'idée de responsabilité directe de l'Etat à raison du fonctionnement défectueux du service. Et c'est pourquoi cette notion d'assurance, de risque qui est à la base de la responsabilité du commettant n'intervient à aucun degré dans la nouvelle jurisprudence relative au cumul. Il n'y a rien de semblable à cet égard avec ce

que l'on trouve à ce sujet dans la jurisprudence relative aux travaux publics.

Si l'on préfère la première solution et que l'on exonère le fonctionnaire de toute responsabilité pécuniaire, on fonde en réalité la responsabilité de l'Etat sur l'idée de la faute du fonctionnaire, qui par la disparition de la responsabilité de ce dernier deviendra fatalement la faute du service, et l'on ouvre la porte au développement au sein du service de la justice de la théorie administrative de la responsabilité pour fonctionnement défectueux du service. Ce serait bien mieux ; mais il n'est pas bon de rendre le fonctionnaire totalement irresponsable ou de s'en remettre pour la réparation pécuniaire à la bonne volonté des gouvernants qui défendront mal les intérêts des contribuables suivant la force politique de telle ou telle classe ou de telle ou telle personnalité de la magistrature.

Aucune des deux solutions proposées n'est donc parfaite. Appliquer, d'autre part, purement et simplement la doctrine administrative c'est impossible, car elle suppose l'intervention du conflit pour distinguer la faute personnelle détachable du fait de service et ceci dans l'intérêt de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire qui n'a rien à voir ici. Une théorie spéciale est donc nécessaire ; sous réserve de ce que nous venons de dire, il semble que cette théorie doive être puisée autant que possible dans la doctrine administrative et doit présenter partant les lignes générales suivantes :

L'Etat doit pouvoir être mis en cause au cours de la poursuite contre le fonctionnaire lors que ce dernier a agi dans l'exercice de ses fonctions et lorsqu'il exerçait ses fonctions dans un intérêt public. Cette notion d'intérêt public délimite l'étendue de la responsabilité étatique et en donne la raison d'être. Nous avons vu pourquoi. L'Etat n'est pas condamné en qualité de commettant, mais à raison du fonctionnement défectueux du service ; le service doit imposer à tous les mêmes charges ; par la faute d'un magistrat, certains citoyens ont eu à supporter des charges exceptionnelles ; si l'auteur du dommage ne peut parfaire la réparation, l'état doit achever cette œuvre de justice, à une condition, c'est que le service ait fonctionné quoique défectueusement dans l'intérêt de tous.

Il serait bon aussi d'introduire une deuxième condition : c'est qu'il y ait vraiment un fait du service qui soit intervenu pour aggraver la faute du magistrat, mais cette deuxième limitation n'est pas absolument nécessaire : elle provient du souci de ne pas aggraver les charges du Trésor public, en exonérant l'Etat des dommages causés par les fautes rigoureusement personnelles des magistrats ; l'intérêt du particulier cependant réclamerait à ce moment le maximum de garantie, puisque c'est dans ce cas vraisemblablement que les torts causés seraient les plus graves. Si l'on rejette cette deuxième limitation, la responsabilité de l'Etat juge sera par le fait même plus générale que celle de l'Etat administrateur.

Tels sont les principes tout à fait généraux qui

commandent les réformes possibles. Quelle est donc en fait celle qui est à l'heure actuelle l'objet de la délibération des chambres.

§ III. — L'Article 7 de la proposition de loi sur les garanties de la liberté individuelle.

Nous avons indiqué plus haut les origines lointaines de la proposition de loi actuellement soumise au vote du Parlement.

Pour ce qui nous intéresse spécialement, il est intervenu dès l'année 1908 une discussion intéressante sur la portée que la législation entendait donner à la réforme introduite par l'article 7 ci-dessus cité. Cet article a changé deux fois de forme à cette occasion.

Dans le rapport de M. Monis (Sénat, séance du 6 avril 1908) (1) il était rédigé de la façon suivante : (Art. 7 in fine après l'énumération des cas de prise à partie étendant la responsabilité du magistrat à l'hypothèse de la faute lourde professionnelle) « La condamnation aux dommages et intérêts à raison de ces faits sera poursuivie contre l'Etat, sauf son recours, s'il y a lieu, contre l'auteur du fait qui aura donné droit aux réparations civiles ». Cette disposition est sommairement expliquée en ces termes : « En proclamant d'autre part la responsabilité civile de l'Etat au cas où celle du fonctionnaire de l'ordre judiciaire se

(1) J. O. Sénat 1908. Documents parlementaires p. 542 N° 40.

trouve engagée, vous mettriez fin à une situation juridique anormale qui constitue aussi une iniquité. » (1)

A la séance du 9 février 1909 (2) des précisions intéressantes furent apportées, et une discussion eut lieu qui aboutit à une nouvelle rédaction de cet article.

M. Ribot exprima sa surprise de voir que d'après le texte de la commission, la prise à partie, attaque directe contre le magistrat, aboutit non pas à la condamnation de ce dernier, mais à celle de l'Etat.

Et après avoir développé les arguments qui militent en faveur du maintien de la responsabilité civile des magistrats, M. Ribot termina ainsi : « Le magistrat doit être condamné s'il a tort, sauf à vous à dire que l'Etat pourra intervenir comme civilement responsable de même qu'un patron en général est responsable des fautes de ses subordonnés. » Le rapporteur se rangea à cette opinion et fit remarquer en même temps que « l'Etat devant être considéré comme civilement responsable, c'est un droit nouveau, c'est quelque chose comme une grande révolution. » Il rappelait ainsi à l'Assemblée implicitement que la responsabilité administrative était au contraire dominée par la règle de non cumul, dont nous avons parlé, et quelqu'un comprit effectivement cette allusion ; ce fut le Garde des sceaux qui propose de faire, pour la responsabi-

(1) Ibid. p. 547.
(2) J. O. 1909 Sénat. Session ordinaire p. 89.

lité civile de l'Etat une distinction entre la faute personnelle du fonctionnaire et la faute du service. « Pour savoir si la responsablité de l'Etat couvre celle des fonctionnaires, il est indispensable de faire cette distinction. » M. Jenouvrier objecta que « si l'on parle de faute de service, la responsabilité de l'Etat ne sera jamais engagée, car la loi exige pour qu'il y ait lieu à prise à partie une faute suffisamment grave, savoir le dol, la fraude la concussion ou dans le projet, la faute lourde professionnelle, qui sera presque toujours personnelle et rarement (au cas de faute lourde seulement bien entendu) de service. »

Sentant ainsi qu'il était impossible d'imiter à cette occasion la théorie administrative de la responsabilité, l'assemblée s'est finalement ralliée au système proposé par M. Ribot, qui n'est pas autre chose que l'article 1384 du Code civil appliqué à l'Etat. Le rapporteur répondit en effet à la proposition du garde des sceaux : « Il faut poser purement et simplement le principe de la responsabilité civile de l'Etat, assimilé à un patron » et M. Ribot fit enfin remarquer que cela avait l'avantage d'être très clair. C'était d'ailleurs le système adopté dans le projet Clémenceau tel qu'il avait été soumis à la Commission.

Le texte adopté définitivement fut donc ainsi rédigé : « L'Etat est civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui seront prononcées contre les magistrats à raison de ces faits, sauf son recours contre ces derniers. » C'est exactement le même texte que nous retrouvons dans la proposition

de loi adoptée par la Chambre des députés de 1919, pour la bonne raison d'ailleurs que c'était exactement le projet de loi Clémenceau présenté par M. Paul Meunier sous forme de proposition de loi (1). Il n'y eut pas de discussion ni par suite de modification sur aucun point de la réforme présentée à l'occasion du vote d'adoption de la Chambre, à la séance du 16 juillet 1919. Seulement il fallut demander au Sénat à nouveau son approbation au sujet d'une disposition législative qui n'était plus la même que celle dont il avait été primitivement saisi puisque du rang de projet de loi elle était descendue à celui de proposition de loi.

Dans le rapport de M. Busson Billault nous ne trouvons aucun développement relatif à l'article 7. Le Sénat aborda la discussion de la réforme dans sa séance du 22 juin 1922 (2). Il adopta purement et simplement l'alinéa final de l'article 7 tel que nous le connaissons ; aucune observation ne fut présentée à ce sujet.

L'ensemble de la proposition de loi a été renvoyé le 27 juin 1922 à la Chambre des députés qui l'a

(1) On avait cru que le projet voté au Sénat était devenu caduc à raison du renouvellement de la Chambre des députés en 1914 depuis la transmission du projet voté par le Sénat, et c'est probablement la raison pour laquelle M. Paul Meunier, au lieu de demander la discussion du projet voté par la haute assemblée avait déposé une proposition de loi identique

(2) J. O. Sénat. Débats parlementaires p. 818. an. 1922.

transmise à la Commission de législation civile et criminelle (1).

Depuis cette époque il ne s'est produit aucun fait parlementaire intéressant ce point que nous étudions. Le code d'instruction criminelle est d'ailleurs l'objet d'autres propositions de réforme touchant l'extension de la responsabilité de l'Etat juge.

C'est : 1° la proposition de loi Ignace, tendant à ajouter à l'article 443 relatif à la révision une disposition ainsi conçue : « et dans tous les cas où il est établi qu'une erreur a été commise dont la constatation est de nature à faire apparaitre l'innocence du condamné » (2). Cette proposition a été adoptée sans débat à la séance du 2 mars 1922 (3) et transmise au Sénat (4).

2° La proposition de résolution tendant à inviter le gouvernement à présenter un projet de loi modificatif du Code d'instruction criminelle en vue d'instituer deux ordonnances de non lieu motivées (présentée par MM. Poitou-Duplessis et Joseph Antier.)

C'est dans le but d'accorder aux inculpés dont l'innocence a été reconnue une indemnité pour l'atteinte portée à leur réputation et le dommage que

(1) J. O. Chambre. Débats parlementaires, an. 1922, p. 2073. Documents parlementaires, N° 4572, p. 1235.

(2) J. O. Chambre. Documents parlementaires, année 1921. N° 26 n. p. 1525 et N° 3342. Sénat.

(3) Ibid. Débats parlementaires, année 1922, p. 589. J. O. du 3 mars 1922.

(4) J. O. Sénat. Documents parlementaires, an. 1922, session ordinaire, p. 110, N° 154.

leur a causé la détention préventive, que l'on imagine de prescrire au juge d'instruction la motivation de son ordonnance de non lieu ; du fait de cette motivation il y aura des ordonnances qui ne comporteront pour le prévenu aucun droit à une indemnité éventuelle : ce sont celles qui décideront l'abandon des poursuites pour insuffisance de preuves. D'autres, au contraire contenant une reconnaissance complète d'innocence et une déclaration de non justification des poursuites autoriseront le prévenu relâché à bénéficier lui-même ou ses ayants droit d'une indemnité pour le préjudice subi. Qui paiera cette indemnité ? L'Etat, si la poursuite a été exercée par le ministère public ; la partie civile, si c'est sur sa requête que cette poursuite a été engagée.

Dans la fixation de la quotité de ses dommages, il y aura lieu de tenir compte tant du dommage moral que du dommage matériel subi.

Cette proposition de résolution a été transmise à la commission de législation civile et criminelle. Nous ne nous trouvons pas en présence d'une disposition législative proprement dite, d'un texte destiné à devenir une loi, mais d'une simple suggestion que la Chambre voudrait fournir au gouvernement. Il est un peu prématuré d'en aborder la discussion théorique.

Quoi qu'il en soit, ces deux propositions sont intéressantes, car elles tendent à étendre largement la responsabilité de l'Etat en cas de fonctionnement défectueux du service de la justice, ou plutôt et mieux, en cas d'accident, de cas fortuit survenu à l'occasion

du fonctionnement de ce service, ce qui est véritablement créer à ce propos une obligation d'assurance à la charge de l'Etat. On sort ainsi de plus en plus du cadre très limité de la loi de 1895. La notion de responsabilité de l'Etat juge pour fait de service progresse dans l'esprit de nos législateurs, mais il faut remarquer que c'est exclusivement en matière de répression pénale, donc quand il est manifeste que le service fonctionne dans l'intérêt public que l'on grève la Caisse collective du soin de rétablir l'égalité des charges imposées par le service aux particuliers.

Réserve faite de cette dernière tendance, il ressort des termes mêmes de l'article 7 précité et des travaux et discussions parlementaires que c'est le droit commun de l'article 1384 qui s'appliquera à l'Etat juge, bien entendu dans cette limite que la faute du magistrat doit avoir été reconnue et sanctionnée par une condamnation.

Voici les règles positives qui entreront en vigueur dès que l'article sera définitivement adopté ;

1° La responsabilité de l'Etat n'est engagée qu'au cas de faute personnelle de l'agent.

2° Il faut que cette faute ait été reconnue au préalable et qu'une condamnation pécuniaire soit intervenue contre l'agent coupable de cette faute.

3° La décision reconnaissant la responsabilité de l'agent reconnaitra en même temps la responsabilité de l'Etat.

4° Ce seront les tribunaux judiciaires qui condamneront l'Etat.

5· L'Etat a un recours contre les magistrats. (1)

(1) Conseil d'Etat 20 janvier 1885, Hubert, et avis de la section des finances du 21 juillet 1885. L'autorité judiciaire est seule compétente pour condamner le fonctionnaire à raison d'une faute personnelle, même quand le recours est exercé par l'Etat. Ainsi pour un fonctionnaire ordinaire la question de l'étendue de sa responsabilité à l'égard de l'Etat doit être tranchée par les tribunaux judiciaires, suivant les principes du droit commun. La procédure est la suivante : le ministre dresse un état formant titre de recette qui ne comporte pas en vertu de la législation existante un mode spécial de recouvrement, et qui à force exécutoire jusqu'à opposition de la partie intéressée devant la juridiction compétente. (Loi des finances du 13 avril 1898 art. 54). Le Ministre intéressé n'a aucune qualité pour décider suivant les espèces si la responsabilité est engagée ou non. L'opposition du particulier devra être portée devant le Conseil d'Etat qui décidera s'il y a faute de service ou faute personnelle ; mais si le fonctionnaire succombe devant le Conseil d'Etat, il devra encore porter, en deuxième lieu, l'affaire devant les tribunaux judiciaires qui apprécieront l'étendue de sa responsabilité à raison de la faute personnelle commise. Les tribunaux judiciaires peuvent aussi bien distinguer la faute personnelle et la faute de service ; mais il leur est impossible de scruter la faute de service pour y trouver la circonstance détachable constituant une faute personnelle, de sorte que, sauf le cas de faute personnelle consistant dans un acte parfaitement distinct de l'acte administratif, ils se déclareront incompétents ou dégageront la responsabilité du fonctionnaire. Le ministre aura la ressource d'élever le conflit, et le tribunal des Conflits pourra analyser l'acte fonctionnel afin d'y trouver la circonstance détachable, dans l'objet ou le but, qui constitue la faute personnelle. Le procès reviendra encore finalement devant les tribunaux judiciaires si le tribunal des conflits découvre cette circonstance détachable. Mais on aperçoit combien une telle procédure est compliquée.

S'agissant du recours contre un magistrat condamné, selon l'article 7, il n'y aura pas les mêmes difficultés ; si le magistrat forme opposition devant quelque juridiction que ce soit à l'état ministériel, on lui répondra qu'il y a chose jugée, que la décision qui a la première reconnu sa responsabilité a en même temps subrogé l'Etat aux droits de la victime contre lui.

§ IV. — Appréciation.

Ce système d'indemnisation des victimes du mauvais fonctionnement de la « justice » nous parait présenter deux principaux défauts :

1° Le législateur a peut-être voulu ne pourvoir qu'au sort vraiment digne d'intérêt des victimes innocentes des juridictions répressives ; mais, quoi qu'il en soit de son intention, il a en fait pourvu au sort plus ou moins digne d'intérêt de tous les justiciables, plaideurs, prévenus en général. La prise à partie a un domaine d'application très étendu ; en revanche elle est restreinte quant à ses cas d'ouvertures, mais, sauf quelques réserves touchant les cas où la faute du magistrat le place vraiment trop en dehors de sa fonction pour qu'on puisse considérer le service public comme engagé, réserves qui ne pourrait d'ailleurs discuter, rien ne s'oppose, en principe, à ce que la caisse collective intervienne dans tous ces cas. Seulement, là où apparaissent des objections c'est lorsque l'on appelle l'Etat en garantie quand le service de justice a une destination très nettement individualisée (pour reprendre l'heureuse expression de M. Mestre).

Voici, par exemple, les arbitres volontaires, ceux désignés par un compromis des parties ; la Cour de Cassation dans un arrêt du 12 février 1850 leur a accordé le bénéfice de la prise à partie. Il s'agissait d'un architecte choisi comme arbitre entre son propriétaire et son entrepreneur ; voilà une occasion de responsabilité d'obligations quasi-délictuelles qui apparait pour l'Etat par le fait seul d'un contrat entre particuliers ; d'après l'article 7 en question, si l'arbitre est condamné, comme il y a eu procédure de prise à partie c'est qu'on l'a considéré comme un magistrat, et l'Etat sera solidairement condamné aux dommages et intérêts.

Voici encore un garde particulier qui est le préposé d'un propriétaire foncier. On comprendrait que ce dernier soit civilement responsable des actes de son garde ; néanmoins, en vertu de notre art. 7, ce sera l'Etat, car la prise en partie est reconnue en faveur de ces agents, considérés comme des officiers de police judiciaire (Jugement du tribunal de paix de Vieux Bocage 21 juin 1882). L'art. 117 du Code forestier leur reconnait la qualité de fonctionnaires publics. Néanmoins, s'ils collaborent à un service public (1), il n'en reste pas moins vrai qu'ils agissent dans l'intérêt exclusif de leur patron. Avec la théorie administrative de la responsabilité, la responsabilité de

(1) Jèze. O. cit. p. 425.

l'Etat ne serait jamais engagée par leurs fautes personnelles ; avec l'art. 7, les contribuables devront supporter la charge qui normalement incomberait au propriétaire.

Ainsi le système proposé ne tient pas un compte suffisant de la notion d'intérêt public, d'utilité publique dans l'acte fonctionnel susceptible de créer des charges au Trésor, et il apparait qu'ainsi le principe de l'égalité devant les charges publiques n'a pas été suffisamment pris en considération.

2· C'est un sytème peu logique ; dans le droit privé, le préposé ou son commettant répond de toute faute ; dans le cas du magistrat, il y aura une limitation de la responsabilité, et l'Etat, considéré, à tort ou à raison, comme un commettant ne sera pas assujetti à une responsabilité plus étendue. sauf le cas de révision. Or, si l'on restreint la responsabilité du préposé, il serait bon de prévoir celle du commettant aussi large qu'il est juste qu'elle le soit, car si l'on veut laisser au juge une certaine indépendance de pensée et d'action, en l'assurant contre les risques qu'il court de se tromper, il n'est pas légitime de faire payer la prime de cette assurance à l'individu victime des erreurs du juge, mais à la collectivité toute entière, qui est avant tout intéressée à ce que le magistrat ait une plus grande liberté d'action.

Nous avons longuement développé les principes qui président à la responsabilité de l'Etat juge, et les voies qui s'offrent naturellement de par le développement harmonieux de nos institutions actuelles à ce

nouveau progrès de l'ordonnancement juridique. Et il ressort de notre étude que c'est dans le grand principe de l'égalité des charges, et non pas dans le Code civil, que toute responsabilité de l'Etat trouve normalement sa source.

Diverses appréciations ont été portées déjà sur la proposition en cours d'études.

Voici d'abord l'avis de M. Magnol, professeur de droit criminel à la Faculté de droit de Toulouse (1) : « Enfin, l'Etat est déclaré civilement responsable des condamnations à des dommages et intérêts qui seront prononcées, au cas d'admission de la prise à partie contre les magistrats, sauf son recours contre ces derniers. Disposition pratiquement importante en cas d'insolvabilité du magistrat condamné, mais intéressante surtout au point de vue des principes généraux de notre droit public. Il est, en effet, de règle que l'Etat n'est pas civilement responsable du fait de ses agents en vertu de l'article 1384 du Code civil comme tout commettant l'est du fait de ses préposés !

» En notre matière toutefois, il en peut être différemment. Le fonctionnement du service judiciaire est soumis au point de vue de la responsabilité de l'Etat et de ses agents à des règles différentes de

(1) Recueil de l'Académie de Législation fondée à Toulouse en 1851. Tome II (1921-1922) Rapport de M. Magnol sur la proposition de loi relative à la Détention préventive et les garanties de la liberté individuelle. Séance du 8 mars 1921, p. 172. (Toulouse 1922, Privat éd.).

celles applicables aux services de l'ordre administratif. Ce qui domine ici, c'est la compétence de l'autorité judiciaire et cette compétence emporte l'application des règles ordinaires du droit civil. »

M. Magnol nous paraît représenter ainsi l'opinion des civilistes. Et il nous semble que comme la plupart des civilistes, il cède trop facilement à cette tendance, très légitime d'ailleurs, de considérer la jurisprudence administrative, et le droit public qui s'en dégage, comme une création un peu arbitraire et exceptionnelle, par rapport au droit commun dont le code civil serait l'expression essentielle. Ceci l'entraîne à confondre la question de compétence avec la question de fond, et à inférer de ce que les tribunaux ordinaires, civils, sont compétents, que le droit commun représenté par le code civil reprend l'empire auquel il a droit. Mais il s'agit de s'entendre sur ce qu'on appelle le droit commun, et si, comme nous le croyons, en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat, ce droit commun trouve son interprète le plus autorisé dans les arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, rien ne devrait s'opposer à ce que les tribunaux ordinaires l'appliquent suivant les errements pratiqués par la jurisprudence administrative, et renoncent à traiter l'Etat comme un simple particulier. Ce n'est pas parce qu'ils sont compétents pour juger qu'ils ne pourront appliquer le droit qu'ils interprètent d'habitude ; les juges civils n'ont pas des œillères ; ils sont capables de discerner les conditions spéciales, exorbitantes du droit commun, de l'activité étatique.

Aussi, comme le législateur n'a pas expressément cité l'article 1384, nous croyons que la jurisprudence judiciaire jouira d'une certaine liberté d'appréciation. Il lui sera peut-être difficile de sortir des principes posés par cet article, mais pas impossible absolument, et elle fera bien de distinguer dans les cas de prise à partie, si faire se peut, suivant que le service a fonctionné ou non dans l'intérêt public pour condamner l'Etat solidairement avec le magistrat.

Les juristes du droit public ont, au contraire, comme il fallait s'y attendre, élevé des critiques sérieuses contre l'article 7. Voici ce que dit M. Duguit (1) :

« Le Sénat ne reconnait que la responsabilité des agents en cas de faute personnelle donnant ouverture à la prise à partie et la responsabilité civile de l'Etat ; il écarte ainsi la responsabilité directe de l'Etat au cas de faute de service sans faute personnelle de l'agent. Le Sénat par là, se met en contradiction flagrante avec l'évolution du droit moderne. »

M. Rolland (2) après avoir reconnu que le Sénat consacre la responsabilité du magistrat doublée de celle de l'Etat, sans d'ailleurs avoir bien pu se rendre compte, étant données les confusions qui régnaient encore à cette époque dans la pensée du législateur à propos de l'article 7, qu'il fallait poursuivre et faire condamner le magistrat pour pouvoir appeler l'Etat en

(1) Traité de Droit constitutionnel, Paris 1911 (Fontemoing), tome I, p. 287.

(2) Revue de droit public, 1909. p. 739.

garantie, se prononce pour la responsabilité du magistrat exclusive de celle de l'Etat, sans donner des raisons bien nettes de cette décision.

M. Fliniaux (1) professeur de droit romain et de droit public à Toulouse, qui examine cette même opinion, en expose la justification plus nettement, d'ailleurs pour en conclure qu'elle n'est pas suffisante et qu'il faut rejeter la solution qu'elle propose. MM. Duguit et Rolland reprochent implicitement, sans le dire expressément à l'article 7 de ne pas consacrer purement et simplement la solution administrative du problème de la responsabilité et de méconnaitre, d'une manière par trop flagrante, la fameuse règle du non cumul. Mais, en réalité, répond M. Fliniaux, il ne faut pas vouloir assimiler à toute force la responsabilité de l'Etat juge à celle de l'Etat administrateur. Cette assimilation n'est pas opportune. « Les magistrats, dit le professeur, occupent une place à part dans notre organisation politique. Ils ont besoin d'un plus grand prestige que tous autres fonctionnaires. Ce serait mauvais, dans l'intérêt des malheureux plaideurs de faire entrer le personnel judiciaire dans le même régime juridique qui régit le personnel administratif ».

Nous adhérons pleinement à cette dernière opinion qui nous paraît tenir d'ailleurs compte de toutes les

(1) Cours de droit public 1921-1922) d'après les notes manuscrites d'un étudiant).

données du problème. Ce n'est pas au fond parce que on ne sanctionne chez les magistrats que les fautes les plus graves, qu'il faut réprouver le rejet de la théorie administrative ; c'est parce que la règle du non cumul n'a qu'une valeur très relative qu'il ne faut pas trop s'insurger contre l'atteinte qui lui est ici portée.

CHAPITRE III

Législations étrangères

Nous terminerons cette étude par un rapide coup d'œil sur les exemples que l'on peut trouver à l'étranger de l'organisation inaugurée par l'article 7 de la proposition Paul Meunier.

Mais tout de suite nous tenons à dire que cet examen ne présente qu'un intérêt assez relatif car dans la plupart des questions de droit public, surtout dans celles qui sont complexes, il n'y en a pas de plus complexes que celle de la responsabilité de l'Etat, trop de facteurs sont venus jouer un rôle dans la solution adoptée pour qu'une comparaison vraiment scientifique, susceptible d'aboutir à des applications pratiques, puisse être tentée.

Aussi bien, les pages qui vont suivre ont-elles un intérêt surtout documentaire ; elles sont plutôt une illustration de la pensée de Pascal : « vérité en deça des Pyrénées, erreur au-delà » et une preuve que les systèmes juridiques sont vraiment des produits bien originaux du terroir, des constructions vraiment nationales, surtout en droit public, plutôt que le résultat de déductions abstraites et par là même universelles.

En Angleterre, comment puiser des enseignements qui puissent être utilisés en droit français, dans un ordonnancement juridique d'où l'idée de personnalité de l'Etat est bannie. Et dès que l'on entreprend cette étude de droit comparé, on est dérouté par le caractère national, souvent irréductible, parce qu'il n'y a eu aucune influence venue de l'étranger, des institutions juridiques.

L'Etat, en Angleterre, en droit, n'est qu'un agrégat de corporations publiques qui ne sont pas formées par les membres de l'Etat ou les bénéficiaires de l'activité de ces corporations, mais par les fonctionnaires de tel ou tel ordre, et d'abord par le roi, qui à lui seul, forme la corporation principale. Les autres corporations agissent pour le compte du roi, de la Couronne.

Le Roi est irresponsable ; c'est un axiome qui s'appuie sur le sentiment de loyalisme monarchique du peuple anglais. « Une longue tradition ininterrompue de respect pour la personne royale a fait de la maxime que « the king can do me wrong » un de ces mythes politiques qui sont les plus fermes soubassements des institutions d'un pays. Le roi ne peut être poursuivi en indemnité pour tort devant les tribunaux; et comme les autres corporations (centrales) n'agissent que pour le compte du Roi, et que leurs ressources leurs proviennent de la Couronne, elles jouissent par ricochet de la même irresponsabilité.

Seulement, lorsque l'agent, membre de la corporation commet une faute, comme aucune obligation

délictuelle ne peut naître à la charge de la corporation, c'est aux dépens du fonctionnaire qu'elle prend naissance et ce dernier est donc responsable personnellement de sa faute tout comme les particuliers.

Dans le cas d'ailleurs d'une condamnation, si la faute était excusable, en équité sinon en droit, la couronne paie l'indemnité à la place du fonctionnaire. Elle paie aussi toujours lorsqu'il est insolvable. Mais c'est là seulement une concession gracieuse.

Cependant, il y a une exception importante à la responsabilité des fonctionnaires qui prend une importance énorme dans le cas du juge. C'est la théorie du pouvoir discrétionnaire. Il y a des cas dans lesquels l'agent a le choix de l'heure, des moyens, etc.. dans ce cas, on est obligé de prouver le dol, la concussion pour établir qu'il a commis une faute. Or, dans l'acte juridictionnel, le juge a un pouvoir discrétionnaire très large, de plus, la loi lui concède expressément le privilège de ne pouvoir être inculpé de dol ou de fraude dans ses jugements, seulement le juge anglais reste quand même responsable lorsqu'il excède les limites de son pouvoir discrétionnaire, lorsqu'il sort de sa compétence, viole les formes, ou des principes fondamentaux, tels que l'autorité de la chose jugée, la règle nulla poena sine lege etc... Dans ce cas il est poursuivi tout comme un simple citoyen, et la couronne paiera l'indemnité (gracieusement) s'il est insolvable.

Aux Etats-Unis, la responsabilité des fonctionnaires judiciaires est organisée d'après les mêmes prin-

cipes qu'en Angleterre, et de même la Caisse publique ne s'ouvre au profit du particulier que par l'effet d'une pure faveur. Il existe un Tribunal chargé d'accueillir et de juger les réclamations d'indemnités contre l'Etat. Mais il ne prend de décisions juridictionnelles proprement dites que lorsque la réclamation du particulier est basée sur un contrat ou un quasi-contrat. Pour les demandes d'indemnité à raison de « torts » de quasi-délits, il ne peut que donner un avis, c'est le Congrès qui décide.

La loi allemande du 14 juillet 1904, dans son article premier stipule que les personnes qui sont acquittées dans une poursuite pénale ou qui, par décision du tribunal sont acquittées dans la suite peuvent, en raison de détention préventive, demander une indemnité au Trésor de l'Etat, si l'instruction a prouvé leur innocence ou démontré qu'il n'existe pas contre elles de soupçons fondés. Outre le détenu, ceux envers qui il est obligé par la loi au devoir d'assistance ont droit à être indemnisés.

Suivant l'art. 3, le montant de l'indemnité à allouer égale le dommage pécuniaire de la détention préventive. Si avant le mandat d'arrêt, il y a eu arrestation préalable ou détention provisoire, le droit à l'indemnité s'étend à ce temps de détention. Aux termes de l'art. 4, le tribunal, en rendant le jugement qui acquitte le détenu, statue par décision spéciale sur l'obligation du Trésor de l'Etat à l'indemniser ; la décision n'est pas publique ; mais connue par communication faite du jugement définitif. Cette décision est sans

effet dit l'art. 5, s'il y a reprise de procédure ordonnée ; il peut y avoir dans ce cas de l'indemnité déjà payée.

L'article 7 stipule : « Le Trésor est subrogé à concurrence de l'indemnité payée dans les droits qui appartiennent à l'inculpé contre un tiers qui part des actes contraires au droit a causé la détention préventive ».

C'est le seul cas où le législateur a cru opportun d'en proclamer la responsabilité indirecte de l'Etat Puissance publique, qui, en principe jouit d'une irresponsabilité absolue.

Le magistrat d'autre part (art. 839 du Code civil) n'est responsable que de sa faute ou de sa négligence intentionnelle (1).

En Suisse, dans le canton de Vaud (Loi de 1874), le prévenu, arrêté à tort, peut demander à l'Etat et non au juge une réparation en argent. Cette demande doit être en cas de non lieu adressée au tribunal d'accusation qui est composé de trois juges. Pour que la demande soit accueillie, il faut que le tribunal soit unanime sur le principe de l'indemnité. L'Etat a un recours contre le magistrat. (2)

Dans le canton de Berne, un recours est possible à la foi contre l'Etat et contre le juge. (3)

---

(1) Nittermaier. Communication à la Revue Pénitentiaire, année 1901 p. 278. — Wilhelm Hetzel, thèse « Die Untersuchungschaft nach deutschem. ranzosischen œsterreichen und englischen Recht, Breslau 1899. »

(2) Revue Pénitentiaire 1901, M. G. Comevon, p. 272.

(3) Ibid. M. Schaffroth, p. 277.

Il en est de même en Hongrie : le recours contre le juge est prévu dans les articles 576 et 577 et contre l'Etat dans l'article 580 du Code de Procédure pénale de 1896. (1)

Les mêmes recours appartiennent au particulier lésé en Norvège. (2)

En Italie, l'individu arrêté à tort peut réclamer une réparation pécuniaire aux officiers de police judiciaire. Contre le juge, il peut exercer une action civile en responsabilité, article 783 du code civil, mais il lui faut prouver qu'il y a eu dol ou concussion. Quant à l'Etat, il est, à défaut d'une loi, irresponsable des fautes de ses fonctionnaires et ne répond pas de leur insolvabilité.

On pourrait citer un bien plus grand nombre de de législations diverses ; mais nous ne croyons pas qu'il soit d'une bonne méthode d'indiquer les solutions du droit positif sans les expliquer par les institutions qui les commandent, et il faudrait rechercher qu'elle est dans chaque pays la conception que l'on se fait de la responsabilité de l'Etat, du pouvoir des tribunaux ordinaires à l'égard de la Personne publique, des consécrations possibles de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires. On

(1) Ibid. De Balogh, p. 287, voir également « die Strafprocessordnung fur das Konigreich Ungarn Sannag Aesserdeutscher Strafgesetzbücher. N° XIII. Berlin. Gutentag ; id. Sevestre. Thèse Paris 1899, p. 332 et 305.

(2) Revue pénitentiaire 1901. Fœrden, p. 304. Sevestre op. cit. p. 304 et 325.

pourrait peut-être alors dégager, d'une vaste et scientifique étude du droit comparé, quelques lois très générales de politique sociale.

On aboutirait plutôt d'ailleurs à une sorte de vérification par l'expérimentation (dans la forme qu'elle revêt en matière juridique) de quelques réflexions, de quelques inductions fondamentales que le simple bon sens aurait suffit à dégager dès l'abord.

Vu	Vu
Le Président de la Thèse,	Le Doyen,
De NESMES DESMARETS	MOYE

Vu et permis d'imprimer
Montpellier, le 6 juillet 1923

Le Recteur,
Jules COULET

Bibliographie

Ouvrages généraux :

Les traités d'Hauriou, Berthelemy, Jèze (Droit administratif), Duguit (Droit constitutionnel), Vidal et Magnol (Droit criminel), Garsonnet et Cézar Bru (Procédure civile.)

Ouvrages spéciaux :

Bonnard. — De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne. (Paris. Giard. 1914).

Duguit. — Les transformations du Droit Public.

Fliniaux. — Le cumul de la personnalité de l'agent public et de la responsabilité de la Personne morale administrative.

Geny. — Risque et responsabilité. — Méthode d'interprétation et sources. — Science et technique en droit positif.

Ihéring. — De la faute. — L'évolution du droit.

Labaud. — Le droit public de l'empire allemand.

Larnaude. — Les méthodes juridiques. — La méthode en droit public.

Michoud. — La personnalité morale.

Montesquieu. — L'esprit des lois.

M. de Nesmes. = Cours de doctorat : La responsabilité des personnes morales publiques.

Saleille. — Les accidents du travail et la responsabilité civile.

Sauget. — Responsabilité des patrons.

Sibert. — Etude sur les fonctionnaires anglais.

Taine. — Les origines de la France contemporaine.

Teissier. — Responsabilité. (Répertoire Béquet).

Thèses :

Biderman (Paris 1911). — La responsabilité des magistrats.

Bigot d'Engente (Paris 1907). — La responsabilité pécuniaire de l'Etat.

Brut (Toulouse 1921). — La responsabilité de l'administration des contributions indirectes.

De Chabert-Ostland (Paris 1907). — Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif.

Cot (Paris 1922). — La responsabilité des fonctionnaires.

Devèze (Paris 1897). — De la responsabilité civile de l'Etat en cas d'erreur judiciaire.

Giraud (Paris 1921). — La responsabilité de l'Etat législateur.

De Nesmes. — Responsabilité des fonctionnaires.

Sevestre (Paris 1889). — De la révision des procès criminels.

Tirard (Paris 1907). — La responsabilité de la Puissance publique.

Revues, etc. :

Journal des arrêts de la Cour d'appel de Bordeaux.

Recueil de l'Académie de Toulouse, 1922.

Revue du droit public :
1909. Rolland. — Des arrestations arbitraires.
1922. Duez. — La responsabilité de l'Etat, etc.

Revue pénitentiaire, 1895, 1896, 1901, 1907, 1914.

Sirey. — Dalloz, etc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9

I. Le problème. — Le droit positif. — La loi. — La jurisprudence. — La réforme législative projetée,

II. Éléments de solution. — La Responsabilité de l'Etat en général. — L'Etat législateur. — L'Etat administrateur. — L'Etat juge.

III. Division.

CHAPITRE I. — Le droit positif 35

§ 1. Les principes 35

§ 2. Explications 48

CHAPITRE II. — La réforme possible 77

§ 1. Observations préliminaires 77

§ 2. Solution théorique 81

§ 3. L'article 7 de la proposition de loi sur les garanties de la liberté individuelle 100

§ 4. Appréciation 108

CHAPITRE III. — Législations étrangères. — Angleterre. — Etats-Unis. — Allemagne. — Autres pays 117

BIBLIOGRAPHIE 125